المحيط الرضوي

في فروع الفقه الحنفي

تصنيف

الإمام العلامة الفقيه رضي الدين وبرهان الإسلام

محمد بن محمد الحنفي السرخسي

المتوفى سنة ٥٧١ هجرية

ضبطه واعتنى به

عبد الحفيظ محمد علي بنضون

دراسات إسلامية / كلية الشريعة

جامعة بيروت الإسلامية

المجلد التاسع

المحتوى:

القصاص - الديات - الجنايات - الحدود - السرقة - الغصب - الإكراه - الوصايا - حساب الوصايا - العين والدين - العتق في المرض - الدور - الفرائض

منشورات
محمد علي بيضون
دار الكتب العلمية
DKI
بيروت - لبنان

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب القصاص

نحتاج إلى معرفة: شرعية القصاص، وسبب وجوبه، وتفسيره لغة وشريعة، وركنه وشرطه، وحكمه شريعة.

أما شرعيته: فلقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ﴾ [البقرة: ١٧٨] وقوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظۡلُومٗا فَقَدۡ جَعَلۡنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلۡطَٰنٗا﴾ [الإسراء: ٣٣] فقد أثبت لولي القتيل سلطنة القتل وولاية استيفائه وقال عليه السلام: "**الْعَمْدُ قَوَدٌ**[(١)]"[(٢)] أي موجب العمد القود؛ ولأن في شرع القصاص إبقاء العالم على النظم والاستقامة؛ لأن الله تعالى لما حكم ببقاء العالم إلى حين ولا بقاء إلا ببقاء حبس الآدميين، فشرع القصاص حفظًا وصونًا لبيئة الآدميين عن الهدم والإفناء؛ لأن السفهاء والفساق لا ينزجرون عن ارتكاب الكبائر وعن التجاسر على مباشرة الجرائم وعن سفك الدم المحرم لمجرد الوعيد والتوبيخ اعتمادا منهم على التجاوز والعفو من الله تعالى فلا بد من تعليق عقوبة زاجرة أو غرامة ناجزة بها لينزجروا وينصدّوا عنها خوفا من الله تعالى ومن العقوبة المعجلة أو الغرامة الناجزة فيبقى العالم على النظم والاستقامة وفي القصاص إفناء الفرد لإبقاء جنس الآدميين وإفناء الفرد لإبعاد الجنس من مقتضى الحكمة والشريعة وإليه أشار قوله

---

(١) القَوَد بِفَتْحَتَيْنِ: القصاص، وقتل القاتل بدل القتيل.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٣٦٥/٩ (٢٨٣٤١) قال: حدثنا عبد الرحيم، عن إسماعيل، عن عمرو بن دينار، عن طاووس، فذكره.

تعالى: ﴿ وَلَكُمْ فِي ٱلْقِصَاصِ حَيَوٰةٌ ﴾ [البقرة: ١٧٩] معناه أن من همَّ بقتل إنسان لو علم أنه لو قتله لقتل به ينزجر عنه فيبقى هو والمهموم بقتله حيا[١].

وأما سبب وجوبه: إنما هو قتل محض عدوانا ويتجنب حراما؛ لأنه مؤثر في استدعاء وجوب القصاص كما وصفنا.

وأما تفسيره: فالقصاص في اللغة عبارة عن المساواة، ومنه سميت المقصة مقصة لتساوي حديه ويقال تقاص الدبيبان إذا تساويا في السقوط أو يكون عبارة عن إعقاب الفعل بفعل مثله قال الله تعالى في قصة موسى مع صاحبه: ﴿فَٱرْتَدَّا عَلَىٰٓ ءَاثَارِهِمَا قَصَصًا ﴿٦٤﴾﴾ [الكهف: ٦٤] أي اصطحبا في الطريق الذي سارا فيه راجعين فأعقبا الفعل بفعل مثله. وفي الشريعة: إتباع القتل القتل جزاء منه.

وأما ركنه: هو القتل وهو فعل يضاف إلى العباد يلازمه فوات الحياة بمجرى العادة.

وأما شرطه: فللماثلة والمعادلة في الاستيفاء؛ لأن المماثلة مشروطة في أجزية السيئات وضمان العدوانات لقوله تعالى: ﴿وَمَن جَآءَ بِٱلسَّيِّئَةِ فَلَا يُجْزَىٰٓ إِلَّا مِثْلَهَا﴾ [الأنعام: ١٦٠] ولأن في إيجاب الناقص بخس بحق المظلوم وفي إيجاب الزيادة جور وحيف بالظالم والبخس غير مشروع والحيف حرام فكان الإنصاف والانتصاف في إيجاب المثل إلا أنه سقط اعتبار المماثلة في مجال الأفعال في الأنفس لنوع ضرورة وهو أن قتل الواحد بطريق الاجتماع غالب وجودًا وبطريق الأفراد نادر وقوعا فلو لم يقتل الواحد بالجماعة واعتبرنا المماثلة في مجال الأفعال يؤدي إلى فتح باب العدوان وسد باب القصاص، فلا فائدة في شرع القصاص فسقط اعتبار المماثلة في الأنفس للضرورة وبقيت المماثلة في الأطراف معتبرة، فإن الاجتماع على إتلاف الطرف ليس بغالب بل هو نادر.

وأما حكمه: فتمحيص الذنوب وتطهيره عن الإثم والخوف قال عليه السلام:

---

(١) انظر: ابن عابدين ٥/٣٥٠ و٣٥٩، وبدائع الصنائع ٧/٢٣٥ - ٢٣٦.

"السيف محّاء الذنوب". وقوله عليه السلام: "**الْحُدُودُ كَفَّارَات لِأَهْلِهَا**"[(١)].

(باب معرفة أنواع القتل وأحكامها)

قال محمد رحمه الله: القتل على ثلاثة أوجه: عمد، وخطأ، وشبه عمد.

فالعمد: هو أن يتعمد ضربه بسلاح أو ما يجري مجراه مما له حدّ يقطع ويجرح؛ لأن العمد والقصد عمل القلب، فإنه مما لا يوقف عليه، ولكن الضرب بآلة جارحة قاطعة قاتلة دليل العمد للقتل ثم يقام مقامي العمد، ثم آلة القتل على ضربين آلة السلاح وغير السلاح، أما السلاح فكل آلة هي جارحة كالسيف والسكين ونحوهما يقتل به فهو عمد محض، وكذلك لو قتله بحديدة لا حد له نحو أن يضرب بعمود أو سنجة حديد أو نحاس أو صفر، فعلى رواية الطحاوي لا يكون عمدًا محضًا؛ لأن الحديد إذا لم يكن يجرح لم يكن عاملا بمعناه الموضوع له وهو تفريق الأجزاء أو تبعيضه وإنما يعمل بثقله فصار كالمثقل من الحجر وعلى ظاهر الرواية يكون عمدًا لقوله عليه السلام: "**لا قود إلا من حديد**"[(٢)] والحديد أصل في القتل به، فإنه منصوص عليه في إيجاب القود به والحكم في المنصوص عليه يتعلق بغير النص لا بالمعنى والنص الوارد في الحديد والسيف يكون واردًا فيما هو معناه في الاستعمال دلالة والنحاس والصفر يستعمل منهما السلاح كما يستعمل من الحديد فيكون الحكم فيه ثابتا بدلالة النص لا بعينه[(٣)].

---

(١) انظر: ابن عابدين ١٨٩/٣، والحطاب ٣٢١/٦، والقوانين الفقهية ٣٣٠، وروضة الطالبين ١٠١/١٠، ١٠٢، وكشاف القناع ٨٣/٦، والمغني ٣١١/٨.

(٢) عن أبي عازب، عن النعمان بن بشير، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «**لا قود إلا بالسيف**».

أخرجه ابن ماجه (٢٦٦٧) قال: حدثنا إبراهيم بن المستمر العروقي، قال: حدثنا أبو عاصم، عن سفيان، عن جابر، عن أبي عازب، فذكره.

(٣) انظر: نيل الأوطار ١٦٠/٧، ١٦٥، وحاشية ابن عابدين ٥٣٧/٦، والبدائع ٢٤٥/٧، وتبيين الحقائق ١٠٦/٦، والسرخسي ١٢٥/٢٦، ١٢٦، وحاشية الدسوقي ٢٦٥/٤، والخرشي ٢٩/٨، والتاج والإكليل ٢٥٦/٦، ومغني المحتاج ٤٤/٤، ونهاية المحتاج ٢٩٠/٧، والمغني ٣٩٠/٩، وكشاف القناع ٥٣٨/٥، والحديث منكر ومعلول (فيض القدير).

ولو ضربه بسنجة رصاص لا يكون عمدًا؛ لأنه لا يستعمل منه استعمال الحديد وهو السلاح وأما غير السلاح كالليطة والمروة والرمح الذي لا سنان فيه إذا أخرجه فهو عمد محض؛ لأنه إذا فرق الأجزاء عمل عمل السيف؛ لأنه حصل ما هو المقصود من الحديد بما هو متعادلة فلا تبقى شبهة حدٍّ ثم العمد به باعتبار قصور الآلة، ولهذا قال إذا أحرق رجلًا بالنار يقتص به؛ لأن النار تفرق الأجزاء وتبعضه وتعمل عمل الحديد وأما شبه العمد فهو القتل بآلة لم توضع له ولم يحصل به الموت غالبا مثل السوط الصغير والعصا الصغيرة ونحوه. فأما القتل بالعصا الكبيرة وكل آلة مثقلة يحصل بها الموت غالبا لكنها غير جارحة قاطعة بل هي مدقة مكسرة فهو يشبه العمد عند أبي حنيفة خلافا لهم لما يأتي.

وأما الخطأ، فهو ما يتعمد شيئًا فيصيب آدميا أو يقصده فيظنه صيدا أو حربيا، فإذا هو مسلم ونوع ما هو ملحق بالخطإ كالنائم إذا انقلب على إنسان فقتله وكذا القتل بطريق التسبب كحفر البئر ووضع الحجر في الطريق الممر؛ لأنه إذا تسبب في القتل صار كالموقع والدافع ولكن لما لم يقصد القتل فهو كالخطإ في الحكم ولا يكون فيما دون النفس شبه العمد؛ لأن ما دون النفس لا يختص إتلافه بآلة دون أخرى بل يختص بآلة جارحة قاطعة، فأما القتل يختص بالآلات بعضها جارحة قاطعة وبعضها لا فيختلف حكم النفس باختلاف الآلات.

وأما أحكامها: أما حكم العمد المحض، فهو القود عينا، وقال الشافعي: هو القود والدية وخيار التعيين إلى الولي، وقال في قوله موجبه القصاص عينا ولكن للولي حق العدول من القصاص إلى المال من غير رضاء القاتل.

والصحيح قولنا؛ لقوله تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُتِبَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡقِصَاصُ فِي ٱلۡقَتۡلَىۖ ﴾ [البقرة: ١٧٨] أي فرض عليكم فالله تعالى أوجب القصاص علينا؛ لأن كلمة الإيجاب تناولته عينا من غير تردد وإيهام فيكون واجبا عينا فيتبقى وجوب الدية ضرورة وتأويل قوله عليه السلام: **"من قُتِلَ له قتيل فأهله بين خيارين إن شاؤوا أفادوا وإن شاؤوا أخذوا الدية"** أي برضاء القاتل؛ لأن الرضاء موجود دلالة؛ لأن العاقل متى نجا برأسه وسلمت مهجته بأداء المال كان راضيا بأداء المال فوجود

الرضاء دلالة أغنانا عن التنصيص عليه ولا كفارة فيه فيحرم قاتله من الميراث كما عرف في موضعه. وأما شبه العمد، فلا قود فيه وفيه الدية المغلظة والكفارة؛ لأنه خطأ من حيث القتل؛ لأنه قصد ضربه ولم يقصد قتله؛ لأن الآلة ليست بموضوعة للقتل فكان عمدًا من حيث الضرب خطأ من حيث القتل فسمي خطأ العمد؛ لأنه خطأ حصل من العمد.

والقتل بآلة مثقلة كالعصا الكبيرة والحجر الثقيل أو ألقاه من جبل أو سطح عند أبي حنيفة لا يوجب القود خلافا لهم.

فالحاصل أن عند أبي حنيفة وجوب القصاص متعلقه بآلة جارحة قاطعة موجبة مسرعة في نزع الروح مبطأة فيه، وعندهم: متعلق بآلة قاتلة سواء كانت جارحة أو لا، فعلى هذا لو غرقه بالماء وكان الماء بحال ينجو منه بالسباحة وهو يحسن السباحة فمات يكون خطأ العمد؛ لأنه تعمد الإلقاء ولم يتعمد القتل، وإن كان بحال لا ينجو منه بأن كان لا يحسن السباحة أو هو مشدود مثقل لا يمكنه السباحة فعند أبي حنيفة: خطأ العمد.

وعندهم: عمد محض وعلى هذا لو ضرب بالسوط الصغير ووالى في الضربات فهو شبه عمد لا قود فيه عنده خلافا لهم. حجتهم أن هذه الآلات قاتلة مهلكة كالسيف فإنها مفضية إلى القتل موجبة إلى نزوع الروح عادة فالضرب بها يكون دليل عمد القتل وقصده والقتل العمد موجب للقود بالنص.

له: قوله عليه السلام: **"ألا إن قتيل خطأ العمد[١] قتيل السوط والعصا والحجر فيه مائة من الإبل"[٢]** ولم يفصل بين الصغير والكبير والخفيف والثقيل وبين الموالاة

---

(١) في بعض روايات الحديث: قتيل الخطأ شبه العمد، وهي أكثر إيضاحًا للمعنى.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٧٢١٢) عن معمر. و«الحميدي» (٧١٩) قال: حدثنا سفيان. و«ابن أبي شيبة» ٩/١٢٩ (٢٧٢٧٢) قال: حدثنا يحيى بن آدم، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أحمد» ٢/١١ (٤٥٨٣) قال: حدثنا سفيان. وفي ٢/٣٦ (٤٩٢٦) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. و«ابن ماجه» (٢٦٢٨) قال: حدثنا عبد الله بن محمد الزهري، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٤٥٤٩) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا عبد الوارث. =

وعدمها ولأنه تعذر استيفاء القصاص؛ لأنه لا وجه إلى استيفائه بغير السيف دقًّا وغرقًا وحرقًا وحتفًا؛ لأنه منفي بقوله عليه السلام: **"لا قود إلا بالسيف"** ولا وجه إلى استيفائه بالسيف؛ لأن فيه ترك مراعاة المماثلة؛ لأنه ليس في القتل الأول جرح والمماثلة مرعية مشروطة في أجزية السيئات ما أمكن لما بينا وقد أمكن اعتبار المماثلة في أصل الجرح فيعتبر ولا يمكن اعتبارها في عدد الجراحات وقدرها فلا تعتبر، ولو خنق رجلًا ومات فهو شبه العمد لا قصاص فيه؛ لأن القتل حصل بآلة غير جارحة وقاطعة وإنها غير مفضية إلى القتل لا محالة؛ لأن التخنيق قد يفضي إلى القتل فكان شبه العمد إلا أن يكون معروفا بذلك فيقتل؛ لأنه ساعٍ في الأرض بالفساد والساعي في الأرض بالفساد يُقتل صيانة للمسلمين دفعًا لشره، فإن شره قل ما يندفع بالحبس كما في البغاة وقطّاع الطريق وعندهما إن دام على الخنق مقدار ما حيي فمات يجب القصاص؛ لأنه قصد القتل فكان عمدًا، وإن ترك الخنق ثم مات ينظر إن دام على الخنق مقدار ما يموت الإنسان منه غالبا يجب؛ لأنه قصد قتله، وإن كان مقدار ما لا يموت منه غالبا لا يجب؛ لأنه قصد خنقه لا قتله فكان عمدًا باعتبار الخنق خطأ باعتبار القتل فكان شبه العمد، ولو سقاه سُمًّا أو أوجره أي ناوله سمًّا ثم أكرهه على شربه فشرب لا قصاص والدية على عاقلته؛ لأن الموت حصل بفعل الساقي فيعد قاتلا ولكن القتل حصل بآلة غير جارحة فلا يكون عمدًا عند أبي حنيفة رحمه الله وكذلك عندهما بخلاف ما إذا قتله بحجر عظيم، والفرق لهما: أن الانتحار ليس بقتل لا محالة، فإن السم القليل قد يجعل في بعض الأدوية للإصلاح في حق بعض أصحاب العلل، فإذا كان قدر طلب به إصلاح البدن لبعض أصحاب العلل فلا يثبت القصد إلى القتل بالقليل منه ويثبت القصد بالكثير منه؛ لأن الكثير منه لا يجعل في الأدوية للإصلاح فيمكن القصور في القصد إلى القتل فكان بنية العمد.

=

و«النسائي» ٨/٤٢، وفي «الكبرى» (٦٩٧٥) قال: أخبرنا محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان. و«أبو يعلى» (٥٦٧٥) قال: حدثنا هارون بن معروف، قال: حدثنا سفيان.

ثلاثتهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، وعبد الوارث بن سعيد) عن علي بن زيد بن جدعان، عن القاسم بن ربيعة، فذكره.

وكان كمن أوجر رجلًا سقمونيا مقدار ما لا تحتمله النفوس فمات؛ لا يكون عمدًا فأما القتل بحجر عظيم ونحوه فلا يقصد به إلا القتل عادة فكان عمدًا محضًا.

ولو أعطاه سمًّا فشربه لا قصاص ولا دية؛ لأن الشارب هو الذي باشر بقتل نفسه لما شرب مختارا كمن دفع سكينا إلى رجل فقتل نفسه.

وأصله: ما رُوي أن يهوديًا أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم شاة مصلية مسمومة، فتناول منها ذراعا، وقال: "**إن هذه الذراع تحدثني أنها مسمومة**"(١)، وتناول منها أيضًا بشر بن البراء بن معرور فمات من ذلك فلم يعاقبه ولم يلزمه شيئًا، وإذا اعتاد ذلك يجوز للإمام أن يقتله، وأما الخطأ ففيه الدية والكفارة لما يأتي في كتاب الديات.

(**المنتقى**): قال محمد رحمه الله: رجل تعمد أن يضرب يد رجل أو شيئًا منه بالسيف فأخطأ فأصاب عنقه فأبان رأسه فهو عمد، ولو أراد أن يضرب يد رجل فأصاب عنق غيره فهو خطأ؛ لأنه أصاب غير ما تعمد وفي الأول أصاب ما تعمد؛ لأنه قصد إتلاف طرف ذلك الرجل، ولو رمى قلنسوة رجل على رأسه فأصاب فهو خطأ، وكذلك لو قصد ضرب القلنسوة فأصاب السيف رأسه فهو خطأ.

ولو رمى رجلًا فأصاب حائطًا ثم رجع السهم فأصاب الرجل فهو خطأ؛ لأنه أخطأ في إصابة الحائط ورجوع السهم مبني على إصابة الحائط لا على الرمي السابق؛ لأنه أجزأ الشيئين والحكم يضاف إلى إجزاء الشيئين وجودًا وقد تخلل بين الرمي والإصابة الأخير إصابة الحائط فقطع حكم الإصابة الأخيرة عن الرمي السابق، ولو لف ثوبا فضرب به رأس إنسان فشجه موضحة فإنها عمد سواء اقتصر على الشجة أو مات؛ لأنه أصاب ما تعمد وقد عملت الآلام عملها وأثرت في

---

(١) أخرجه أحمد ٣٥٩/٢ (٨٦٩٩) قال: حدثنا أبو جعفر، قال: أخبرنا عباد. و«أبو داود» (٤٥١٢/١) قال: حدثنا وهب بن بقية، عن خالد. و«ابن حبان» (٦٣٨١) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق بن إبراهيم، مولى ثقيف، قال: حدثنا وهب بن بقية، قال: أخبرنا خالد بن عبد الله.

كلاهما: (عباد بن العوام، وخالد بن عبد الله الواسطي) عن محمد بن عمرو بن علقمة، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف، فذكره.

الظاهر والباطن جميعا، ولو مات من غير أن يجرح قال صار خطأ، قال محمد في الرقبات: رجل ضرب رجلًا بسيف بغمده فخرق السيف الغمد فقتله قال أبو حنيفة: لا قود عليه، وقال محمد: إن كان الغمد كان يقتل لو ضرب به وحده يقتل؛ لأن الغمد إذا كان يقتل به فهو قاصد إلى القتل وقد أصاب المقتل فوجب القصاص لأبي حنيفة أنه قصد الضرب دون القتل؛ لأن الغمد لا يقصد به إلا الضرب عادة فصورة الخطأ هو أن يصيب خلاف ما قصد. وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله: رجل ضرب رجلًا بإبرة أو بشيء شبيه الإبرة متعمدًا فقتله فلا قود عليه وإن ضربه بمسلة أو نحوها فعليه القود؛ لأن الإبرة مما لا يقصد به القتل عادةً، وإن كانت الآلة جارحة؛ لأنها آلة الخياطة دون القتل، فإذا تمكنت فيه شبهة عدم العمدية به امتنع وجوب ما لا يجامع مع الشبهة، فأما المسلة فهو آلة جارحة يقصد بها القتل، وفي رواية أخرى عنه إن غرزه بالإبرة في المقتل فعليه القود وإلا فلا؛ لأن غرز الإبرة في المقتل يقصد به القتل لا التأديب.

(الفتاوى): ضرب بحديد أو ذهب أو فضة أو صفر أو نحاس أو رصاص فجرحه ومات أنه يقتل، وإن رماه بصنجة ألف درهم فجرحه أو لم يجرحه قتل، ولو ضربه بعصا مصيب رأسه بالحديد وقد أصاب الحديد حتى جرحه أو أزهق سائر جسده أو ضربه بقمقمة حديد أو شبهه أو بقدر حديد فمات منه قتل، وهذا كله على قياس ظاهر الرواية على ما بينا، ولو ضربه بعصا من خشب حتى أدمغه أو بحجر غير محدد لا يقتل، فإن كان محدودا حتى جرحه يقتل.

وعن أبي حنيفة في (المجرد): لو ألقى رجلًا في الماء ثم أخرج وبه رمق فمكث أيامًا حتى مات قتل وإن كان يجيء ويذهب حتى مات لم يقتل، ولو قمط رجلًا فألقاه في البحر فغرق تجب الدية، ولو سبح سباحة ثم غرق لا دية عليه؛ لأنه غرق لعجزه وفي الأول لطرحه.

(باب القصاص في النفس واستيفائه)

ويقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر والكبير بالصغير والصغير بالكبير لعموم

النصوص الموجبة للقصاص من غير تفصيل، وكذلك يقتل العبد بالحر والحر بالعبد.

وقال الشافعي: لا يقتل الحر بالعبد.

والصحيح قولنا؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ إلا بإحدى خِلالٍ ثَلاثٍ: كُفرٌ بعدَ إيمان، أو زِنا بَعْدَ إِحْصَانٍ، أَوْ قَتْل نَفْسٍ بِغَيْرِ حَقٍّ**"[١]. فسياق الحديث يقتضي أن يكون قتله حرامًا بغير حق؛ لأنه مسلم وحقه يقتضي أن يكون موجبا للقصاص لقوله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾[البقرة: ١٧٨] قلنا: هذا

---

(١) أخرجه «البخاري» ٩/٥ (٦٨٧٨) قال: حدثنا عمر بن حفص، قال: حدثنا أبي. و«مسلم» ٥/١٠٦ (٤٣٩٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا حفص بن غياث، وأبو معاوية، ووكيع. وفي (٤٣٩١) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي (ح) قال: وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان (ح) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، وعلي بن خشرم، قالا: أخبرنا عيسى بن يونس. وفي (٤٣٩٢ و٤٣٩٣) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، ومحمد بن المثنى، واللفظ لأحمد، قالا: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن سفيان. وفي (٤٣٩٤) قال: وحدثني حجاج بن الشاعر، والقاسم بن زكريا، قالا: حدثنا عبيد الله بن موسى، عن شيبان. و«ابن ماجه» (٢٥٣٤) قال: حدثنا علي بن محمد، وأبو بكر بن خلاد الباهلي، قالا: حدثنا وكيع. و«أبو داود» (٤٣٥٢) قال: حدثنا عمرو بن عون، قال: أخبرنا أبو معاوية. و«الترمذي» (١٤٠٢) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا أبو معاوية. و«النسائي» ٩٠/٧، وفي «الكبرى» (٣٤٦٥) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور، قال: أنبأنا عبد الرحمن، عن سفيان. وفي ١٣/٨، وفي «الكبرى» (٦٨٩٧) قال: أخبرنا بشر بن خالد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، عن شعبة. و«أبو يعلى» (٥٢٠٢) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم. و«ابن حبان» (٤٤٠٧) قال: أخبرنا حاجب بن أركين، بدمشق، قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان. وفي (٤٤٠٨) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم. وفي (٥٩٧٦) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا محمد بن كثير العبدي، قال: حدثنا سفيان الثوري. وفي (٥٩٧٧) قال: أخبرنا محمد بن عمر بن يوسف، قال: حدثنا بشر بن خالد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة.

عشرتهم: (سفيان الثوري، وسفيان بن عيينة، ووكيع بن الجراح، وحفص بن غياث، وأبو معاوية، محمد بن خازم، وشعبة بن الحجاج، ويعلى بن عبيد، وعبد الله بن نمير، وعيسى بن يونس، وشيبان بن عبد الرحمن) عن سليمان الأعمش، قال: سمعت عبد الله بن مرة يحدث، عن مسروق، فذكره.

تخصيص الحر بالحر وذلك لا يدل على نفي ما عداه وهو قتل الحر بالعبد بل هو مسكوت عنه فيتوقف على قيام دليل وقد قام لنا دليل وهو ما ذكرناه.

ويقتل المسلم بالذمي خلافا للشافعي، ولا يقتل بالحربي والمستأمن، ويقتل الذمي بالذمي بالإجماع لما رواه الطحاوي مسندًا عن محمد بن المنكدر عن جابر بن عبد الله: أن النبي صلى الله عليه وسلم أقاد مسلمًا بذمي وقال: "**أنا أحق من وفى بذمته**"(١)؛ ولأن هذا قتل تمحض عدوانا؛ لأن الآدمي خلق معصومًا عن القتل لأن كونه مكلفا بالإيمان ومهيأ للنهوض بأعباء التكاليف يقتضي أن يتمكن من الحربي على مواجب التكاليف ولا يتمكن من الحربي على مواجب التكاليف إلا بالبقاء ولا بقاء إلا بالعصمة عن الإفناء فيجب أن يكون دمه محقونا وقتله معصوما والإباحة إنما تثبت بعارض الحراب الذي يتعدى ضرره إلى الحي المعصوم بفوات حياته توفية إلى وجود إحدى الغايتين، إما إلى غاية الإسلام لقوله عليه السلام: "**أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم**"(٢) أو إلى غاية قبول عقد الذمة وإعطاء الجزية لقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا۟ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ ﴿٢٩﴾﴾ [التوبة: ٢٩] وقد انعدم الحراب هنا فبقيت العصمة الأصلية كما

---

(١) أخرجه البيهقي (٣١/٨، رقم ١٥٦٩٩).

(٢) أخرجه «البخاري» ٨٧/١ (٣٩٢) قال: حدثنا نعيم، قال: حدثنا ابن المبارك. وفي (٣٩٣) قال البخاري: قال ابن أبي مريم: أخبرنا يحيى. و«أبو داود» (٢٦٤١) قال: حدثنا سعيد بن يعقوب الطالقاني، قال: حدثنا عبد الله بن المبارك. وفي (٢٦٤٢) قال: حدثنا سليمان بن داود المهري، قال: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يحيى بن أيوب. و«الترمذي» (٢٦٠٨) قال: حدثنا سعيد بن يعقوب الطالقاني، قال: حدثنا ابن المبارك. و«النسائي» ٧٥/٧، وفي «الكبرى» (٣٤١٤) قال: أخبرنا هارون بن محمد بن بكار بن بلال، عن محمد بن عيسى، وهو ابن سميع. وفي ٧٦/٧ و١٠٩/٨، وفي «الكبرى» (٣٤١٥) قال: أخبرنا محمد بن حاتم بن نعيم، قال: أنبأنا حبان، قال: حدثنا عبد الله. و«ابن حبان» (٥٨٩٥) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله بن المبارك.

ثلاثتهم: (عبد الله بن المبارك، ويحيى بن أيوب، ومحمد بن عيسى) عن حميد الطويل، فذكره.

كانت، وكل قتل تمحّض حرامًا انعقد موجبًا للقصاص بما روينا، وتقتل الجماعة بالواحد والواحد بالجماعة، وقال الشافعي: لا يقتل الواحد بالجماعة القاتل يقتل بواحد اكتفاء بل يعمهم وتجب الدية للباقين.

والصحيح قولنا؛ لأن الواحد مثل الجماعة في حق ما يثبت عليه القصاص؛ لأن القصاص ينبني على المماثلة في حق الحياة؛ لأن حق كل واحد في خير الفوائت وهو الحياة لا في التفويت؛ لأنه إفساد البنية الصالحة فلا تصلح حقا لأحد وليس في وسع البشر إعادة الحياة حقيقة فيجب جبر الفائت بإعادة الحياة معنى وبقتل الواحد حصل إعادة حياة الجماعة معنى؛ لأن بالقتل انعقد سبب الهلاك في حق ورثة المقتول بقصد قتلهم خوفا منهم على نفسه لعلمه أنهم يقصدون قتله بموجب طبعه الداعي إلى تشفي الصدر ودرك النار وانتقام العدو، فإذا قتلوه قصاصًا فقد اندفع سبب الهلاك عنهم ودفع سبب الهلاك بعد انعقاده إحياء لهم معنى وإحياء الورثة إحياء للموروث معنى فالتحقيق موجبا معنى حصل جبر الفائت معنى فصار كل واحد منهم مستوفيا حقه.

(فصل)

ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بالسيف والسكين، وعند الشافعي يجوز بغيره حتى إن من حرق رجلًا بالنار أو غرقه بالماء يغرق بالماء يضرب علاوته بالسيف ويغرق بالماء وعنده يحرق بالنار فكذلك إذا قطع طرف إنسان ومات تحز رقبته بالسيف ولا يقطع طرفه وعنده يقطع طرفه أولا ثم تحز رقبته بالسيف، وكذلك إن شجه بهاشمة ومات تقطع علاوته بالسيف وهو أحد قوليه وفي القول الآخر يفعل به ما فعل، فإن مات وإلا حزت رقبته.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "**لا قود إلا بالسيف**"، وفي رواية: "**لا قود إلا بالسلاح**"، نفى القود إلا بالسيف والنكرة في النفي تعم فيبقى الوجوب والاستيفاء إلا بالسيف، وقوله عليه السلام: "**لا تعذبوا أحدا بعذاب الله تعالى**"[(١)]

---

(١) أخرجه «البخاري» ٦١/٤ (٣٠١٧) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. وفي ١٥/٩ (٦٩٢٢) قال: حدثنا أبو النعمان، محمد بن الفضل، قال: حدثنا حماد بن زيد.
=

ولأن المماثلة في الاعتداء والسنة إنما يتحقق من كل وجه بالاستيفاء بالسيف لا بغيره؛ لأن الاستيفاء دقًّا وكسرًا توهم الزيادة والنقصان؛ لأنه لا يمكنه الدق مثل الأول للجهل بمقداره، ولهذا لا يجري القصاص في كسر العظام كما أن من طبع العظم إذا كسر أن لا يقتصر عليه بل يتعدى ولأنه ربما لا يموت بمثل فعل الأول فيحتاج إلى حز الرقبة بعد ذلك والحز زيادة على الفعل الأول فتنعدم المماثلة بخلاف ما لو قطع وقيل يقطع ويقتل؛ لأنه لا يتوهم الاستيفاء الأكبر من الأول وقوله عليه السلام: "**مَنْ غَرَّقَ غَرَّقْنَاهُ، وَمَنْ حَرَّقَ حَرَّقْنَاهُ**"(١) إنما قال ذلك على سبيل الوعيد والتهديد لا على سبيل التحقيق، فإنه قال في خطبته لبعض الناس: "**إنكم أحْدَثتم ذنوبًا فأحدثنا لها عقوبةً لا تَعرِفونها، مَنْ غَرَّقَ غَرَّقْنَاهُ**" ولأن هذا مبيح للاستيفاء وما رويناه محرم والمحرم مع المبيح إذا اجتمعا يجعل المحرم متأخرا لما

=

و«ابن ماجه» (٢٥٣٥) قال: حدثنا محمد بن الصباح، قال: أخبرنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٤٣٥١) قال: حدثنا أحمد بن محمد بن حنبل، قال: حدثنا إسماعيل بن إبراهيم. و«الترمذي» (١٤٥٨) قال: حدثنا أحمد بن عبدة الضبي البصري، قال: حدثنا عبد الوهاب الثقفي. و«النسائي» ١٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٣٥٠٨) قال: أخبرنا عمران بن موسى، قال: حدثنا عبد الوارث. وفي ١٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٣٥٠٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن المبارك، قال: حدثنا أبو هشام، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٠٤/٧، وفي «الكبرى» (٣٥١٠) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا محمد بن بكر، قال: أنبأنا ابن جريج، قال: أنبأنا إسماعيل، عن معمر. و«أبو يعلى» (٢٥٣٢) قال: حدثنا إسحاق بن أبي إسرائيل، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، وحماد بن زيد. و«ابن حبان» (٤٤٧٦) قال: أخبرنا المفضل بن محمد بن إبراهيم الجندي، بمكة، قال: حدثنا علي بن زياد اللحجي، قال: حدثنا أبو قرة، عن ابن جريج، قال: أخبرني إسماعيل ابن علية، عن معمر. وفي (٥٦٠٦) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا محمد بن عبيد بن حساب، قال: حدثنا حماد بن زيد.

سبعتهم: (معمر بن راشد، وسفيان بن عيينة، وإسماعيل بن إبراهيم ابن علية، وحماد بن زيد، ووهيب بن خالد، وعبد الوهاب الثقفي، وعبد الوارث بن سعيد) عن أيوب السختياني، عن عكرمة، فذكره.

(١) أخرجه البيهقي (٤٣/٨ - ط. دائرة المعارف العثمانية) عن البراء. وقال ابن حجر: "وفي الإسناد بعض من يجهل" كذا في التلخيص الحبير (١٩/٤ - ط. شركة الطباعة الفنية).

فيه من تعليل التنبيه النسخ والاحتياط للحرمة[١].

(باب ما يمنع وجوب القصاص وما لا يمنع)

ولا قصاص على الأبوين والأجداد والجدات ويجب الدية في ماله في ثلاث سنين ولا كفارة، وقال مالك: غلبهم القصاص.

والصحيح قولنا لقوله عليه السلام: "**لَا يُقَادُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ ولا يحدُّ لهُ بحدِّه**"[٢] ولأنه جزء منه متفرع عنه وإهلاك الأصل بسبب الجزء والفرع ليس من مقتضى الحكمة، فأما إهلاك الجزء لإبقاء الأصل من مقتضى الحكمة، ولهذا لا يحل له أن يقتله متى كان الأب حربيا أو مرتدا ولأن شفقة الأبوة مانعة من القتل فيكون القتل منه لابنه نادرا فيكون قصاصه متعريا عن المصلحة وهي حفظ النفوس المحترمة عن الإتلاف فيكون إفساد البينة الصالحة وتخريبها محصنا والإفساد غير مشروع فلا يجب قصاصه وتجب الدية صيانة لدمه عن الهدر ويقتل الولد بالوالدين لأن الحاجة ماسة إلى شرع الزاجر في حقه؛ لأنه ربما يحمله على قتل والده الأطماع الفاسدة واستعجال الميراث باعتبار الطبيعة المستحثة على حب المال وهذا المعنى مفقود في حق الأب؛ لأن شفقة أبويه مانعة وطبيعته غير مستحثة على استعجال الميراث

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسي ١٥٩/٩، ١٦١، والبحر الرائق ٦٠/٥، وفتح القدير ١٣٧/٥، والدسوقي ٣٤٠/٤، والحاوي الكبير ١٨٤/١٧ وما بعدها، ومغني المحتاج ١٩٦/٤، وكشاف القناع ١٣٨/٦.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٤١٠/٩ (٢٨٤٧٢) قال: حدثنا عباد، وأبو خالد، عن حجاج. و«أحمد» ٢٢/١ (١٤٧) قال: حدثنا أبو سعيد، قال: حدثنا عبد الله بن لهيعة. وفي (١٤٨) قال: حدثنا حسن، قال: حدثنا ابن لهيعة. وفي ٤٩/١ (٣٤٦) قال: حدثنا أبو المنذر، أسد بن عمرو، أراه عن حجاج. و«عبد بن حميد» (٤١) قال: حدثني ابن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن حجاج. و«ابن ماجه» (٢٦٦٢) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن حجاج. و«الترمذي» (١٤٠٠) قال: حدثنا أبو سعيد الأشج، قال: حدثنا أبو خالد الأحمر، عن الحجاج بن أرطاة.

كلاهما: (حجاج بن أرطاة، وعبد الله بن لهيعة) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، فذكره.

من ولده بإهلاكه مباح الدم كمن عليه القصاص والمرتد والحربي قبل أن يؤخذ إذا التجأ إلى الحرم لا يقتل فيه ولا يتعرض للحربي ولكن لا يطعم ولا يسقى فيضطر فيخرج فيقتل، وعند الشافعي يقتل فيه(١).

والصحيح قولنا لقوله تعالى: ﴿وَمَن دَخَلَهُۥ كَانَ ءَامِنًا﴾ [آل عمران: ٩٧] أي صار آمنا أثبت الأمن للداخل الخائف مطلقًا وهذا إذا دخل خائف عن القتل والاسترقاق فيصير آمنا عنه.

وروى ابن عباس: أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب يوم فتح مكة فقال: "**يا أيها الناس؛ إن الله تعالى حرم مكة يوم خلق السماوات والأرض، لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحل لي القتال هنا ساعة من نهار**"(٢)، فهذا دليل واضح على حرمة القتل بها بخلاف ما لو أنشأ القتل في الحرم لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُقَٰتِلُوهُمْ عِندَ ٱلْمَسْجِدِ ٱلْحَرَامِ حَتَّىٰ يُقَٰتِلُوكُمْ فِيهِ ۖ فَإِن قَٰتَلُوكُمْ فَٱقْتُلُوهُمْ﴾ [البقرة: ١٩١] ولأن الداخل والملتجئ معظم للحرم فوجب أن يستفيد الأمن بدخوله الحرم إظهارا لخطر الحرم وإعظاما لقدره كما في صيد الحرم والجاني فيه هاتك حرمته متهاون بخطره فلا يكون إثبات الأمن للمعظم المفخم إثباتًا للهاتك وبخلاف القصاص في الطرق، فإنه لا يثبت الأمن في حقه؛ لأن الأمن يثبت للنفس؛ لأنها هي المعظمة والمفخمة للحرم وهي الملتجئة إليه. فأما الطرف لا يتصور منه التعظيم والالتجاء إلى موضع معظم فلا يستفيد الأمن.

---

(١) انظر: الدر المختار مع حاشية ابن عابدين ٤/٤٢٥، وتكملة فتح القدير ٨/١٨١، ومواهب الجليل ٦/١٣٣، والإنصاف ١٢/١١١.

(٢) أخرجه «البخاري» ٢/٩٢ (١٣٤٩) قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن حوشب، قال: حدثنا عبد الوهاب، قال: حدثنا خالد. وفي ٣/١٤ (١٨٣٣) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا عبد الوهاب، قال: حدثنا خالد. وفي ٣/٦٠ (٢٠٩٠) قال: حدثنا إسحاق، قال: حدثنا خالد بن عبد الله، عن خالد. وفي ٣/١٢٥ (٢٤٣٣) قال: وقال أحمد بن سعيد: حدثنا روح، قال: حدثنا زكريا، قال: حدثنا عمرو بن دينار. و«النسائي» ٥/٢١١، وفي «الكبرى» (٣٨٦١) قال: أخبرنا سعيد بن عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان، عن عمرو.

كلاهما: (خالد الحذاء، وعمرو بن دينار) عن عكرمة، فذكره.

(فصل)

المشاركة في القتل العمد لا يخلو إما أن يشارك العامد من لا يكون فعله مضمونا، فإن شارك العامد من لا يكون فعله مضمونا كالسبع والبهيمة والحربي والمرتد ثم أسلم أو جرح إنسان نفسه ثم جرحه الآخر عمدًا أو قطع الإمام يد إنسان في السرقة ثم قطع الآخر يده الأخرى أو جرحه ومات فلا قصاص على العامد بالإجماع، فإن شاركه من يكون فعله مضمونا كالخاطئ والصبي والمجنون فلا قصاص على واحد منهما وللشافعي فيه قولان، ولا قصاص على شريك الأب والمولى في قتل الابن والعبد خلافا للشافعي؛ لأن الصادر منهما قتل واحد؛ لأن القتل اسم يلازمه فوات الحياة بجري العادة بدليل أنه لو جرحه ولم يفت الحياة لا يسمى قتلا لفوات الحياة لازم فعلها فكان فعلهما بمجموعهما قتلا واحدا، ولهذا لو جرحه الواحد عشر جراحات ومات المجروح كان قتلا واحدا، وكذلك إذا وجد مثله من الجماعة إذ الحقائق لا تختلف، وهذا لو كان مكان العمد خطأ تجب فيه دية واحدة.

ولو تعدد القتل لوجب ديتان؛ لأن الدية تجب بالقتل بالنص كالقصاص فلم يقع فعل الأجنبي بانفراده قتلا فلم يجب القصاص عليه بالنص بخلاف الأجنبي؛ لأن فعل كل واحد منهما حال انفراده صلح موجبا فعند الاجتماع أولى فوجب عليهما قصاص واحد، فإنه لا يتجزأ فتكامل حتى لا يؤدي إلى فتح باب العدوان وسد باب القصاص؛ لأن القتل بطريق الاجتماع من الأجانب غالب.

ولو جرحه رجلان عمدًا ثم مات أحد الجارحين ثم مات المجروح أو رمى رجلان إلى آخر فمات أحدهما ثم أصاب السهمان فمات من ذلك هل يجب القصاص على الحي؟ اختلف المشايخ فيه: قيل: يجب؛ لأنه حين صدر الفعل منهما صلح فعل كل واحد منهما موجبا فانعقد كلاهما موجبا إلا أنه امتنع الاستيفاء عن أحدهما بالموت فبقي القصاص واجبا على الآخر، وقيل لا يجب؛ لأن فعلهما إنما ينعقد موجبا للقصاص بعد اتصال فوات الحياة بهما؛ لأنه إنما ينعقد موجبا بعد اتصال أثرهما بالمحل وعند ذلك فعل أحدهما لا يصلح موجبا فلا ينعقد الآخر موجبا؛ لأن بانفراده لا يكون قتلا.

رجلان قتلا رجلًا أحدهما بالسيف والآخر بعصا فنصف الدية على عاقلة صاحب العصا والنصف على صاحب السيف في ماله؛ لأن الضارب بالعصا خاطئ في القتل غير متعمد به فقد شاركه من هو خاطئ في القتل هذا إذا كان العصا صغيرا ولم يوال في الضربات وإن والى في الضربات أو كان كبيرا فعند أبي حنيفة لا قصاص عليهما خلافا لهما كما عرف.

(النوادر): ولو قضى القاضي بالقصاص على رجل فقال القاتل لي حجة ثم جن القاتل قال محمد: يقتل قياسا ولا يقتل استحسانًا ويؤخذ منه الدية.

وجه القياس: أن سبب استحقاق القصاص قد تقرر وهو القتل العمد في حال كان أهلًا لوجوب القصاص عليه.

وقوله لفي حجة لا تصير شبهة؛ لأنه مجرد دعوى والجنون الطارئ لا يورث شبهة في امتناع الاستيفاء.

وجه الاستحسان: أن القاضي مأمور بأن يصغي إلى دعوى الخصم وأن يمهله مدة لإيراد حجته، فإذا ادعى ولم يتوصل إلى إيراد حجته بالجنون ورث ذلك شبهة في درء القصاص.

ولو أن رجلًا كان صحيحًا نائمًا فجاء إنسان وذبحه وقال: ذبحته وهو ميت.

قال محمد: يقتل قياسًا؛ لأن السبب إذا ظهر وقت توفير الحكم عليه، فإذا ادعى أنه ميت فقد ادعى خلاف الظاهر فلا يقتل ويضمن الدية استحسانًا؛ لأن الذبح إنما ينعقد سببًا لوجوب القصاص إذا صادف حيًا، فإذا صادف ميتا والحال مشتبه مستتر فلا يجب القصاص مع الشبهة.

(باب المشاركة في قتل الخطأ)

أصله: أن النفس متى تلفت بجنايات ووجب المال، فإنه ينظر إن تلفت بجنايات بني آدم فالعبرة فيها لعدد الجناة لا تعدد الجنايات في حق الضمان حتى لو جرح واحد عشر جراحات خطأ وجرحه آخر واحدًا خطأ فالدية عليهما نصفان؛ لأن فعل الإنسان في نفسه معتبر؛ لأنه لا ينفك عن حكم في الدنيا وهو القصاص أو الدية أو

الإثم في الآخرة فاعتبر عدد الجناة لا عدد الجنايات؛ لأنه لا يمكن اعتبار عدد الجنايات؛ لأن كل جناية تصلح سببًا للموت لو انفردت والعلة لا تترجح بالزيادة من جنسها فاعتبر الكل جناية واحدة، وإذا تلفت بجنايات البهائم وبجناية بني آدم فلا عبرة بعدد الجناة؛ لأن فعل البهائم هدر أصلا؛ لأنه لا ينوط به حكم ما فاعتبرت جنايات البهائم كلها كجناية واحدة؛ لأن حكم الكل واحد وهو الهدر وهذا كرجل به قروح ودماميل قاتلة وجرحه رجل آخر فمات من الكل يضمن الجارح نصف الدية ويرفع النصف ويسقط اعتبار عدد الدماميل؛ لأنها مهدرة. رجل شج نفسه وشجه رجل وعقره أسد وأصابته حية فمات من ذلك فعلى الأجنبي ثلث الدية؛ لأن النفس تلفت بجنايات أربع جنايتان من بني آدم وهما معتبرتان وجنايتان من البهائم وهما مهدورتان فهما كجناية واحدة فصار كأنه تلف ثلثها بآفة سماوية وثلثها بفعل الأجنبي وثلثها بفعل نفسه، ولو قطع رجل يده وأصابه حجر فشجه وعثر فانكسرت رجله وافترسه سبع فعلى القاطع نصف الدية؛ لأن النفس تلفت بجنايات أربع واحدة من بني آدم وهي معتبرة وثلثه غير معتبر وهي من غير بني آدم وهي مهدورة فإنها كجناية واحدة فصار كأنها تلفت بجنايتين إحداهما معتبرة والأخرى مهدورة.

ولو قطع يده رجل وجرحه آخر وجرح هو أيضا نفسه وافترسه سبع ضمن القاطع ربع الدية والجارح نصفها وربعها؛ لأن النفس تلفت بجنايات أربع ثلاث منها من بني آدم وهي معتبرة وواحدة من غير بني آدم وهي مهدرة فقد تلفت بجناية كل واحد من الأجنبيين ربعه.

(باب القصاص في الجنايات إذا توالت واجتمعت)

أصله: أن الجنايات متى توالت واجتمعت من واحد في محل واحد إن لم يتخلل بينهما برءٌ يجعل الكل جناية واحدة إذا كان الواجب بهما متحدا وهي الدية؛ لأنه إذا لم يتخلل بينهما برءٌ واندمال جعلت الثانية متممة للأولى؛ لأن الإنسان قد لا يمكنه تحصيل المقصود بدفعة واحدة فيحتاج إلى توالي الأفعال ويراد فيها لإتمام مقصوده وتحقيق مرامه وإن تخلل بينهما برء واعتبر كل فعل جناية على

حدة؛ لأن البرء فصل بينهما وقطع ببراءته الأولى فبطل أن يكون آخرهما متممة لأولاهما. رجل قطع يد رجل من المفصل خطأ ثم قتله عمدًا قبل أن تبرأ يده ضمن نصف الدية وقتل.

ولو قطع اليد عمدًا ثم قتله خطأ قبل البرء قطع يده وضمن الدية؛ لأنهما أمران مختلفان والواجب بهما مختلف أحدهما القصاص والآخر الدية فلا يمكن القول بالجمع بين الجنايتين جناية واحدة فيعتبر جنايتين، وكذلك لو كان القطع والقتل جميعًا عمدًا أو كلاهما خطأ وقد تخللهما البرء يقطع ويقتل ويجب دية النفس واليد؛ لأن البرء فصل بينهما وكانتا جنايتين، فإذا لم يتخللهما البرء، وإن كان خطأ يجب دية النفس ويدخل دية اليد فيها بالإجماع، وإن كان كلاهما عمدًا كان للولي أن يقطع يده ثم يقتله عند أبي حنيفة وعندهما يقتله لا غير؛ لأن هذه جنايتان مترادفتان صدرتا من واحد من غير تخلل برء بينهما فيجعل كلاهما كجناية واحدة؛ لأن القطع قد يصير قتلا بالآلام الحادثة منه قبل البرء فأمكن إضافة زهوق النفس إلى القطع وحز الرقبة جميعا فصارت الجنايتان مجموعهما قتلا واحدا.

ألا ترى أنه لو قطع أصابع رجل عمدًا ثم قطع كفه من المفصل قبل البرء يقطع يد القاطع دون أصابعه فكذا هذا.

لأبي حنيفة: أن القصاص يقتضي المساواة في حق الفعل ما أمكن وقد أمكن اعتبار المساواة في الفعل فيجب أن تقطع يده ويقتله تحقيقا للمساواة والقصاص بكلا الأمرين مشروع وموضع حلولهما معلوم وإطلاقهما محكوم مختوم بخلاف الخطإ؛ لأن المعتبر هناك الواجب لا الفعل والواجب بدل النفس وضمان اليد يدخل في ضمان النفس ولا يلزم إذا قدَّه بنصفين لا يقدُّه بنصفين تحقيقا للمساواة؛ لأن اعتبار المساواة ثمة غير ممكن؛ لأن القصاص على هذا الوجه غير مشروع بحال فكان كالإحراق بالنار، ومسألة الإصبع قيل قولهما وعلى قياس قول أبي حنيفة تقطع أصابعه ثم تقطع يده؛ لأن الجنايتين وإن اعتبرتا كجناية واحدة قبل أن يصل البرء إلا أنه يجب اعتبار المساواة في الفعل ما أمكن وقد أمكن؛ لأن قطع الأصابع من غير كف مشروع وموضع القطع معلوم فيجب اعتبار المساواة فيه وقيل لم يكن له ذلك بالإجماع.

والفرق له أنه لا يمكن اعتبار كل واحدة من الجنايتين لأنا لو اعتبرناهما لا يمكن إيجاب القصاص فيهما؛ لأنه لم يوجد المساواة حال قطع الكف؛ لأن أصابع المجني عليه في تلك الحالة كانت فائتة وأصابع القاطع سالمة فصار كأنه قطع كفًّا لا أصابع فيها فيجب القطع فجعلناها كجناية واحدة كأنه قطع الكف مع الأصابع دفعة.

ولو قطع إصبعه ويده ثم قطع رجل آخر ما بقي من اليد فمات كان القصاص على الثاني في النفس دون الأول ويقطع أصبع الأول أو يده، وقال زفر والشافعي: يقتلان.

لهما: أن زوال الحياة مضاف إلى القطعين؛ لأنه اتصل الموت بهما قبل البرء والاندمال وليس أحدهما بإضافة الإزهاق إليه أولى من الآخر فأضيف إليهما.

كما لو قطع كل واحد منهما يدا على حدة قبل البرء.

ولنا: أن زوال الحياة بألم الثاني؛ لأن الآلام متى تناهت أفضت إلى زوال الحياة؛ لأنه لا يتحملها ألبتة وآلام القطع الأول لم تكن متناهية بتحمله البينة عادة وقد انقطعت آلامه بفوات محله وحدوث زيادة الآلام من القطع الأول بعد فوات محله لا يتصور كما لا يتصور نماء الأغصان بعد جفاف أصلها، وبالقطع الثاني حدثت زيادة آلام لم تكن موجودة وقت القطع الأول فصار زوال الحياة مضافا إلى القطع الثاني فصار الثاني قتلا دون الأول بخلاف ما لو قطع كل واحد يدا على حدة أو إصبعا على حدة؛ لأن محل القطع الأول قام مقام الموت فيتصور منه حدوث زيادة الآلام فحصل الموت بآلام حدثت من القطعين فصار الموت مضافا إليهما.

وإذا قطع المفصل الأعلى من إصبع رجل عمدًا فبرأ ولم يقتص حتى قطع مفصلا آخر من تلك الإصبع يقطع له المفصل الأعلى دون الأسفل وعليه أرش المفصل الأسفل؛ لأن القصاص مبناه على المساواة وقد وجد من حال قطع الأول لسلامة إصبعهما ولم توجد المساواة حال قطع الثاني لسلامة إصبع القاطع وفوات مفصل المقطوع؛ لأن إصبع القاطع، وإن كانت مستحقة بالقصاص ولكن ملك القصاص ملك ضروري إلا عند الاستيفاء فقتله يكون معصومة مملوكة لصاحبها.

ولهذا قلنا: لو قطعت يد من عليه القصاص إن كان عمدًا يجب القصاص، وإن

كان خطأ يجب الأرش له لا لمن له القصاص دل أنه لم توجد المساواة حال قطع الثاني.

وكذلك لو برأ الثاني ثم قطع المفصل الثالث ولو لم يكن بين القطعين برء وجب له القصاص في كل الأصابع بقطعها من أصلها مرة واحدة؛ لأنه متى لم يتخللهما برء وجعلنا كلا الفعلين جناية واحدة كأنه قطع ابتداء من المفصل الثاني بفعل واحد.

(باب اختلاف القاتل والولي في دعوى الخطأ والعمد)

(المبسوط): أصله إن تعذر استيفاء القصاص بعد ظهور القتل متى جاء بمعنى من قبل القاتل يصار إلى المال اعتبارا بالخطإ؛ لأن هناك امتنع استيفاء القصاص بمعنى من جهة القاتل وهو الخطأ وهذا لأن صيانة دمه عن الهدر والبطل واجب، فإذا تعمد صيانته باستيفاء القصاص صير إلى الصيانة بالمال ومتى جاء تعذر استيفاء القصاص من قبل من له الحق لا يصار إلى المال؛ لأن حق الشرع صار حقه بالقصاص لكن هو الذي فوّته وقنّطه بإيثار ما أعجزه وأهدره فلم يبق مستحقًّا للنظر، وإذا أقر القاتل بالخطإ وادعى الولي العمد ولم يقتص ولزم الدية استحسانًا.

وقال زفر: لا يلزمه شيء قياسًا؛ لأن ما أقر به لم يثبت؛ لأنه كذبه المدعِي في إقراره. مقتضى دعواه القصاص وصار كما لو أقر القاتل بالعمد وادعى الولي الخطأ لا يلزمه شيء فكذا هذا.

لنا: أنهما تصادقا على القتل إلا أنه تعذر استيفاء القصاص بمعنى من قبل القاتل وهو دعوى الخطإ فتجب الدية صونا لدمه عن الهدر ولأن في زعم الولي أن القصاص هو الواجب إلا أنه لما أقر الخطأ فقد أقر لي بالمال ولي أن أترك القصاص وآخذ المال ولم يكذبه صريحا فيكون له أخذ المال، ولو أقر بالعمد وادعى الولي الخطأ بطل حقه؛ لأن تعذر استيفاء القصاص جاء من قبل من له الحق.

(الزيادات): ولو ادعى الولي العمد على رجلين فقال أحدهما أنا قطعت يده:

عمدًا وهذا الآخر قطع رجله عمدًا وأنكر الآخر الجناية قال يقتص المقر لأنهما تصادقا على وجوب القود ولم تتمكن الشبهة فيه حين أنكر الآخر الجناية؛ لأن تمكن الشبهة إنما يكون باختلاط الموجب وغير الموجب في المحل وذلك لا يتصور قبل ثبوت الجناية من الآخر، وإذا ادعى الولي الخطأ فلا شيء على المقر؛ لأنه لما أنكر الآخر الجناية صارت كالعدم فنفى دعواه الخطأ وإقرار القاتل بالعمد وفي هذا لا يجب شيء وإن مات رجل من قطع يده ورجله فقال رجل قطعت يده عمدًا وقطع غيره رجله عمدًا فقال الولي بل أنت قطعتهما يجب القصاص عليه لأنهما تصادقا على وجوب القصاص والشركة لم تثبت لعدم دعواه، فإن قال الولي لا أدري من قطع رجله فلا شيء على قاطع اليد؛ لأن قاطع الرجل مجهول يجوز أن يكون خاطئا أو صبيًا أو مجنونًا فتعذر إيجاب القصاص وتعذر استيفاء القصاص جاء من قبل من له الحق، فإنه جهل قاطع الرجل فلا يجب المال.

وإن قال الولي بعد ذلك: فلان قطع رجله عمدًا وأنكر الرجل ليس له أن يقتل المقر قياسا؛ لأنه لما جهل قاطع الرجل أولا ثم أزال التجهيل كان متناقضًا والتناقص يمنع صحة الدعوى وله أن يقتله استحسانًا؛ لأن المرء لا يعرف قاتل أبيه خصوصا عند كثرة القتلة ثم يعرف فيدعي والتناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يكن معذورا فأما إذا كان معذورا فلا كما في دعوى النسب ودعوى الحريّة.

(باب القصاص فيما دون النفس)

(المبسوط): فيه فصول:

فصل فيما فيه القصاص وما لا قصاص فيه.

وفصل في القصاص بين الأطراف.

وفصل في السراية.

(فصل)

أصله: أن القصاص فيما دون النفس مشروع لقوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَآ أَنَّ

﴿ٱلنَّفۡسَ بِٱلنَّفۡسِ وَٱلۡعَيۡنَ بِٱلۡعَيۡنِ﴾ الآية [المائدة: ٤٥] ولقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ فَٱعۡتَدُواْ عَلَيۡهِ بِمِثۡلِ مَا ٱعۡتَدَىٰ عَلَيۡكُمۡ﴾ [البقرة: ١٩٤] والقصاص فيه مبني على المساواة في ثلاثة أشياء في الأعضاء، والمنافع، والقيمة؛ لأن المساواة إنما تتحقق من كل وجه في هذه الأشياء أما التساوي في العضو؛ لأن الفعل سيئة والتساوي في السيئة وجزائها شرط ولا يتحقق التساوي في الأفعال مع التفاوت في المحال، فأما التساوي في المنفعة؛ لأن الفعل يقع سيئة باعتبار تفويت المنفعة؛ لأن المنافع تختلف باختلاف العضو، فإن منفعة البطش تخالف منفعة المشي وكذلك إذا اتحد بين جنس العضو فمنفعة البعض أكثر من منفعة البعض، فإن لليمين فضلا على الشمال في القوة ومنفعة البطش والأخذ وكذا الإبهام أقوى بطشا من غيرها من الأصابع، وأما في القيمة وهو الأرش؛ لأن الأطراف تسلك بها مسلك الأموال حتى يجري فيها النكول والبدل والقيمة في الأموال معتبرة فكذا فيما هو ملحق بالأموال. فلا تقطع اليد الصحيحة بالشلاء ولا منقوصة الأصابع، وكذا لا تقطع اليمنى إلا باليمنى ولا اليسرى إلا باليسرى، ولا تقطع الأصابع، إلا بمثلها من القاطع يؤخذ إبهام اليمنى بإبهام اليمنى والسبابة بالسبابة والوسطى بالوسطى ولا إبهام اليد اليسرى بإبهام اليد اليمنى، وكذلك لا تؤخذ العين اليمنى باليسرى ولا العين اليسرى باليمنى، وكذلك في الأسنان الثنية بالثنية والناب بالناب والضرس بالضرس ولا يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى خلافا لابن شبرمة في ذلك كله لِما ذكرنا من التفاوت في المنافع والمرافق والأجزاء والقصاص إنما يجري فيما يتحقق التساوي لا فيما يتعذر، ولهذا لو قطع الكف من المفصل أو من المرفق أو من الكف يجب القصاص؛ لأنه أمكن تحقيق التساوي فيه، ولو قطع من ساعد أو عضد لا يجب؛ لأنه لا يعرف التساوي في الأجزاء بخلاف اليد الشلّاء تقطع بالصحيحة إذا رضي به المقطوعة يده؛ لأن الشلّاء انتقصت بسبب الشلل وقلة منافعها وتكاملت باعتبار أجزائها وبقلة المنافع لا تبطل الجنسية كالشاة المهزولة تكون جنسا للسمينة فيكونان مستويين في الذات مختلفين في الصفات فيكون الفعلان

مستويين في الذات متفاوتين في الصفات ويجوز استيفاء الناقص بالكامل برضاء من له الحق؛ لأن هذا يترك أصل حقه ويترك صفته، فأما لا يجوز استيفاء الكامل بالناقص؛ لأن من له الحق يأخذ شيئًا زائدا لم يستحقه فيكون إجحافا لا انتصافا بخلاف ما تقدم، فإنه لا تساوي بينهما لا أصلا ولا وصفا؛ لأن اليمنى مع اليسرى ألحقتا بالجنسين لتفاوت منافعهما في البطش والقوة والعمل والحرفة فيكون استيفاء اليمنى باليسرى استيفاء الأكمل بالأنقص فلا يجوز، ولا قصاص في العظم إلا السن لقوله عليه السلام: "**لا قصاص في العظم سوى السن**" ولأنه لا يمكن اعتبار المساواة في العظم؛ لأنه إذا قصد كسر موضع ينكسر موضع آخر؛ لأنه شيء مجوف كالقارورة(١).

فأما السن إذا قلعت أو كسرت يجب القصاص بقلع سن القالع أو يكسر بقدره بالمبرد وأمكن اعتبار المساواة بينهما فيجب القصاص حتى لو كان السن بحال لا يمكن أن يبرد بالمبرد لا يجب القصاص وتجب الدية في ماله. وقيل: السن عصب متصلب وليس بعظم بدليل أنها إذا ألقيت في الخل تلين كالعصب ولو كان عظما لكان يزداد صلابته فلهذا رُوي عن أبي يوسف ومحمد: لو صلى ومعه سن آدمي أكثر من قدر الدرهم لا تجزيه صلاته ولم يعتبراه عظما. ولا قصاص في العين إذا قورت وانخسفت؛ لأنه لا يمكن اعتبار المساواة ولا يعرف مقداره، وإذا كانت قائمة وذهب ضوؤها يجب القصاص؛ لأن القصاص ممكن بأن يجعل على وجهه القطن المبلول ويحمي مرآة ويقرب من عينه حتى يذهب ضوؤها وتبقى العين على حالها.

ورُوي عن أبي يوسف أنه لا يوجب القصاص في الأحول؛ لأن الحول نقص في العين والمماثلة شرط ولا يمكن اعتبارها في الحول فصار كما لا تقطع اليد الشلَّاء باليد الشلَّاء وفي الأذن إذا قطع كله وبعضه معروفا يقتص ولا قصاص في اللسان.

ورُوي عن أبي يوسف أنه لا قصاص في بعض اللسان حتى يقطع كله؛ لأن

---

(١) انظر: ابن عابدين ٣٥٤/٥، والبدائع ٣٠٨/٧، وجواهر الإكليل ٢٥٩/٢، وروضة الطالبين ١٩٦/٩، والمغني ٧١٢/٧، ونهاية المحتاج ٢٨٤/٧، ٢٨٥.

المساواة غير ممكن في اللسان؛ لأنه لا يتيقن بموضع القطع.

(النوادر): روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه إذا قطع شحمة أذنه اقتص منه؛ لأن شحمة الأذن لها حد معلوم وللأذن مفاصل معلومة، فإذا قطع شيء منه يعلم أن القطع من أي المفصل أمكن الاقتصاص وكذلك إذا قطع غضروف الأذن قطعا يستطاع فيه القصاص اقتص منه بعمل ذلك بحديدة أو بغير حديدة إذا تعمد ذلك، وإن جذب أذنه وانتزع شحمتها لا قصاص فيه وعليه الأرش في ماله، وإن كان أذن القاطع سكًّا أي صغيرة الحلقة والأذن المقطوعة صحيحة كبيرة كان بالخيار إن شاء ضمنه نصف الدية، وإن شاء قطعها على صغرها، وكذلك لو كان أذن القاطع مقطوعة أو خرماء مشقوقة كان المقطوع بالخيار، وإن كان الناقص هي المقطوعة كان له حكومة عدل ولا قصاص فيه.

وفي نوادر ابن سماعة عن محمد: لو قطع المارن وهي أرنبته ففيها القصاص، وإن قطع من أصله فلا قصاص عليه؛ لأنه عظم وليس بمفصل، ولا قصاص في العظم.

قال أبو حنيفة: لو قطع ذكره من أصله أو من الحشفة اقتصّ منه؛ لأنه أمكن استيفاؤه على سبيل المساواة إذ له حد معلوم فأشبه اليد من الكوع.

(فصل)

ولا تقطع الأيدي بيد واحدة ولا تفقأ العينان بعين واحدة وتجب دية واحدة، وقال الشافعي: تقطع.

والصحيح قولنا؛ لأن كل واحد منهما قاطع بعض اليد؛ لأن القطع إبانة اليد واليد متحرية متركبة عن أجزاء مختلفة، فإن وضع كل واحد السكين من جانب فلا شك أن كل واحد أبان جزءًا لم يشاركه صاحبه في إبانة ذلك الجزء، وإن وضعا السكين من جانب واحد وأمرّا حتى قطعا صار كل جزء واحد من الآخر مقطوعا بفعلهما فيضاف قطعه إليهما لا إلى كل واحد منهما عملا فلا يصير كل واحد قاطعا كل اليد، ولهذا لو حلف لا يقطع يد فلان فقطع يده مع غيره لا يحنث وقطع البعض لا يماثل قطع الكل والمماثلة شرط لجريان القصاص، ولهذا لا تقطع اليد

الواحدة بالأيدي والمماثلة لا تستقل بأحد الطرفين، فإذا انعدمت المساواة من أحد الطرفين انعدمت من الطرف الآخر ولا قصاص بين الأحرار والعبيد والنساء فيما دون النفس خلافا للشافعي؛ لأن بين أطراف الأحرار والعبيد وبين أطراف الرجال والنساء تفاوت في المنفعة والقيمة تفاوتا فاحشا، أما المنفعة، فإن يد الرجل تصلح لمنافع لا تصلح يد المرأة لها، فإن يد الرجل تصلح للضرب بالسيف والرمح في القتال وللصنائع والحرف ولأعمال خارج البيت ويد المرأة تصلح لأعمال داخل البيت من الخدمة والطبخ والغسل ويد الرجل لا تصلح لذلك فاختلفت منافع أيديهما فصار الجنسين مختلفين، وكذلك طرف الحر مع طرف العبد متفاوتان في المنفعة والقيمة، فإن طرف العبد مال مملوك وفي حق الأطراف ملحق بالبهائم والأموال، ولهذا بدله لا تتحمله العاقلة؛ لأنه ضمان إتلاف الأموال وطرف الحر ليس بمال حتى تتحمل بدله العاقلة، والقصاص لا يجري بين إتلاف المال وإتلاف ما ليس بمال بل بعض من نفس محترمة مكرمة وأما في القيمة، فإن قيمة الشيء معناه، ولهذا يظهر خطره وشرفه وعزته في أعين الناس، فإن ما لا قيمة له يهون في أعينهم، ولهذا جعلت الأبضاع متقومة بالمهور إظهارًا لخطرها فصار التفاوت في القيمة كالتفاوت في المنفعة فيمنع استيفاء القصاص بخلاف القصاص في النفس، فإنه يعتمد المساواة في الروح لا في الأجزاء أو القيمة وهما استويا في الروح، فإن العبد في حق الروح بالإقرار باقٍ على أصل الحرية والشجاج التي فيها القصاص هل يجري فيها القصاص بين الرجل والمرأة؟ قيل لا يجري لانعدام المساواة بينهما في المنفعة والقيمة؛ لأن قيمة هذه الشجاج تعرف بالحرز والظن لا باليقين والإحاطة كما في أطراف العبيد ونص محمد في المبسوط على أنه يجري؛ لأنه ليس في هذه الشجاج تفويت منفعة أصلا وإنما هو إلحاق الشَّيْن والشَّنَار وقد تساويا وباقي إلحاق الشَّيْن، فإنه يلحق الشَّيْن فالشجاج مثل ما تلحقه بخلاف قطع الأطراف؛ لأن قيمة تفويت المنفعة وإلحاق الشَّيْن قد تفاوتا في المنفعة.

(فصل)

من له القصاص في الطرف فسرى يضمن ديته على عاقلته عند أبي حنيفة خلافا

لهم، حجتهم: أن السراية تبع للجناية؛ لأنها متولدة منها وأصل الجناية غير مضمونة فذلك السراية المتولدة منها؛ لأنه لا يمكنه التحرر عن السراية، ولو صارت السراية مضمونة عليه لتقاعد عن استيفاء القصاص خوفًا وحذرًا عن السراية وفيه فتح باب العدوان وسد باب القصاص وصار كالإمام والبزاغ والفصاد والختان إذا سرى فعله إلى النفس ومات لا يضمن.

له: أنه قتل نفسًا بغير حق خطأ؛ لأن القطع بابتدائه وقع قتلا؛ لأن الأفعال إنما تتميز وتعرف باعتبار آثارها ومتولداتها لا باعتبار ذواتها؛ لأنها حركة قائمة بالفاعل لا تتعدى عن محالها وقد اتصل بهذا الفعل إثر القتل وهو انزهاق الروح فصار قتلا بابتدائه، ولهذا لو قطع يد إنسان ظلما ومات يجب القصاص والقصاص لا يجب إلا بالقتل لقوله عليه السلام: "**لا يحل دم امرئ مسلم**" الحديث والحقيقة لا تختلف وهو بغير حق؛ لأن حقه في القطع لا في القتل فأمكنه استيفاء القطع بدون السراية؛ لأن السراية ليست بغالبة بل هي متوهمة، فإنه يمكنه أن يقطعه في أوانه فأدخله في الدهن حتى ينسد روش عروقه ولأن تعذر الاحتراز عن السراية ولكن القطع مباح له والمباح يجوز أن يتقيد بشرط السلامة كالاصطياد بخلاف تلك المسائل؛ لأنه مأمور بالقطع والأمر لا يتقيد بشرط السلامة ضرورة الامتثال والانتماء ربما أمر به لا يتقاعد عن الامتثال خوفا عن الضمان؛ ولأن ثمة القطع وقع حقا لله تعالى فيصير قطعه مضافا إليه كأن الله تعالى أماته بغير فعل أحد، والبزاغ والفصاد ونحوهما يعمل لغيره بإذنه فيضاف عمله إلى الآمر له كأن الآمر هو الذي فعله بنفسه، وإن لم يمت القاطع ومات المقتص له يقتص منه؛ لأنه تبين أن المقتص منه قتل المقتص له وقطع يده لا يمنع وجوب القصاص عليه، وعن أبي يوسف أنه لا يقتل القاطع؛ لأن الإقدام على قطع القاطع كان إبراء عما وراءه والجواب عنه أنه إنما يصير إبراء عما وراءه أن لو كان الموجب معلومًا وعند القطع في زعمه أن حقه في القصاص في الطرف فيستوفي هذا أما أن يبرأ عن شيء آخر فلا.

(**النوادر**) وذكر في (**العيون**): روى أبو يوسف عن أبي حنيفة في رجل ضرب

إصبع رجل فسقط الكف، فإن كان القطع والسقوط من مفصل اقتصت منه، وإن كان القطع من المفصل والسقوط من غير المفصل أو على العكس اقتص منه.

وقال أبو يوسف: انظر إلى السقوط لا إلى القطع، فإن كان السقوط من مفصل اقتصصت وإلا فلا؛ لأن في الجنايات يعتبر المال ولا يعتبر الحال، ألا ترى أن القطعة والشجة تتوقف حتى إذا صارت نفسا يجب القصاص في النفس وينزل منزلة حز الرقبة.

ولو قطع اليد من الساعد وسرى يجب القصاص وهاهنا المال موجب للقصاص فلا يعتبر الحال.

لأبي حنيفة: أن القطع من المفصل موجب للقصاص ومن غيره لا يوجب، فإذا اتفق حالة الجراحة وحالة السراية يستوفي القصاص؛ لأن فعله وأثره موجب، فإذا اختلفا لا يستوفي؛ لأن القصاص سقط بأدنى شبهة والحال والمال كلاهما معتبران، فإذا لم يكن أحدهما موجب جرح الثاني من أن يكون موجبًا.

(باب قطع الجوارح الناقصة)

(المبسوط): أصله: أن استيفاء الناقص بالكامل جائز برضاء من له الحق؛ لأنه يأخذ أصل حقه ويترك الصفة، ولا يجوز استيفاء الكامل بالناقص؛ لأنه يأخذ شيئًا زائدًا على ما يستحقه بالجناية فيكون ظلما أو إجحافا بالجاني.

ولو قطع يد رجل ويد القاطع ناقصة فلا يخلو إما أن كانت ناقصة وصفا كاليد الشلاء أو ناقصة قدرا كالمنقوصة بإصبع أو إصبعين وكل وجه لا يخلو إما أن كانت ناقصة وقت القطع أو انتقصت بعد القطع، فإن كانت ناقصة وقت القطع وصفًا بأن كانت شلاء خيّر المقطوع بين الأرش والقصاص؛ لأنه استحق اليد بصفة السلامة؛ لأن الصحة أصل والشلل عارض؛ لأن الفائت الصحة لا الأجزاء؛ لأن الشلل ينتقص ويتقلل منافعها، فإذا وجدها ناقصة عن استيفاء المستحق فخيرناه بين استيفاء الناقص وبين استيفاء البدل الصحيحة حتى لو كانت يد القاطع يابسة لا يجب له

الأرش؛ لأنه عجز عن استيفاء أصل حقه فوجب حقه في البدل كما لو كانت اليد مقطوعة، وإن كانت ناقصة بإصبع وإصبعين يخير وإن اختار القطع فلا شيء له سواه، وقال الشافعي: له أرش الفائت.

والصحيح قولنا؛ لأنه أمكن استيفاء أصل حقه بكماله؛ لأن حقه في قطع اليد لا في قطع الإصبع وفوات الإصبع لم يوجب نقصانا في اليد قدرا؛ لأن الأصابع لليد بمنزلة الصفة والجودة لها كالأطراف للبدن فكان فواتها بمنزلة الشلل فقد قدر على استيفاء أصل حقه لكن مع ضرب نقصان من حيث الجودة فيتخير فأما إذا انتقصت بعد القطع بآفة سماوية فلا حق للمقطوع في الأرش؛ لأن في الابتداء استحق قطع اليد دون الأرش ولو ذهب الكل بآفة سقط حقه ولم ينتقل إلى الأرش فكذا إذا انتقصت بآفة سقط بعض حقه ولا ينتقل إلى الأرش اعتبارا للبعض بالكل، وإن انتقصت بفعله بأن قطع القاطع إصبعه أو قضى حقا واجبا عليه فهو كما لو مات بآفة سماوية؛ لأن الأصابع بمنزلة الصفة والجودة لليد والجودة والصفة بانفرادها مما لا تضمن بالإتلاف فيما وجب اعتبار المماثلة فيه شرعا كما في أموال الربا، ولأن الأصابع لم تصر مملوكة ومستحقة لصاحب الحق قبل الاستيفاء؛ لأن ملك القصاص ملك ضروري لا يظهر إلا عند الاستيفاء لكن تعلق باليد؛ لأن الأصابع حق الغير فإتلافه لم يصادف ملك الغير فلم يضمن، وإن قطعت يد القاطع بحق ضمن دية يد الأول؛ لأنه أتلف حق الغير؛ لأنه قضى به حقا مستحقا عليه، فإن قطعت بغير حق بطل حقه؛ لأن حقه وجب في العين فيفوت بفواتها كالعبد الجاني إذا هلك بخلاف القاتل إذا قتل بحق أو بغير حق لا يضمن شيئًا وإن أتلف حق الغير؛ لأن المتلف ليس بمال بخلاف الطرف؛ لأنه يلحق بالأموال؛ لأنه يسلك به مسلك الأموال لما عرف في موضعه. قطع إصبعا زائدة لم يقتص؛ لأنه لم يكن للقاطع إصبع زائدة ولا مساواة بين الزائدة والأصلية في المنفعة والقيمة، وإن كان له مثلها فلأن الإصبع الزائدة تجري مجرى الثُّؤلول واللسعة وليس في قطعها شين وتعييب بل فيه تزيين وتحسين فلا يجري فيه القصاص، ولو قطع الكف وفيه إصبع زائدة توهن الكف فلا قصاص فيه؛ لأنه يوجب نقصانا في البطش وكانت بمنزلة

الكف الشلاء، ألا ترى لو قطعه إنسان خطأ تجب حكومة عدل واليد الصحيحة لا تقطع بالشلاء، وإن كان لا يوهن الكف يجب القصاص؛ لأنه لما لم يوجب نقصانًا في البطش ولا يوجب نقصانا في دية اليد يجعل وجود هذا النقصان وعدمه بمنزلة، وكذلك لو كان بيده جراحة توهن البطش فهي بمنزلة اليد الشلاء.

وذكر في (**النوادر**): لو قطع كف رجل وفيه إصبع زائدة وفي يد القاطع إصبع زائدة مثلها فلا قصاص عندهما، وقال أبو يوسف يجب؛ لأن التساوي قد وجد وكذلك قطع ساعد من المرفق وقاطع اليد لا كف له فلا قصاص عندهما، وقال أبو يوسف: إذا كانا سواء يقتص منه؛ لأن التساوي قد وجد لهما أن التساوي في المنفعة والقيمة شرط لجريان القصاص في الأطراف، والساعد الذي لا كف له ليس له أرش مقدر وكذا الكف الذي فيها إصبع زائدة فذلك نقص وشين وعيب فيها، فالواجب فيها حكومة عدل وهي تعرف بالتقوم والقيمة تعرف بالحزر والظن والتخمين فيجري فيها التفاوت، فلا يعرف التساوي بينهما في القيمة يقينا وإحاطة فمنع جريان القصاص ولهذا لم يجز القصاص في أطراف العبيد. قطع يد رجل من المفصل فاقتص منه وبرأ ثم قطع أحدهما ذراع صاحبه لم يقتص منه؛ لأن المساواة في القيمة يقينا وإحاطة شرط لجريان القصاص في الطرف ولم توجد؛ لأن الواجب في الذراع حكومة عدل وهي تعرف بالتقويم والقيمة تعرف بالحزر والظن فكان بمنزلة اليد الشلاء قال أبو حنيفة رضي الله عنه في الأقطعين والأشلين: لا قصاص فيه وهو قول أبي يوسف في رواية الحسن عنه؛ لأن النقص من حيث الشلل يختلف ويوجب اختلاف أرشهما فمنع جريان القصاص، ولو قطع إصبع رجل ثم قطع المقطوعة إصبعه يد القاطع من المفصل خُيِّر، فإن شاء قطع يدًا ناقصة، وإن شاء أخذ الأرش وبطل حق صاحب الإصبع؛ لأنه قطع يد قاطع الإصبع بغير حق؛ لأن حقه في الإصبع لا في اليد فيجب عليه القصاص والمقطوعة يده وجد حقه ناقصا فيتخير كمن قطع يدي رجل ويد القاطع شلاء وبطل حق صاحب الإصبع؛ لأن إصبعه تلف بفعله ظلما ولم يقض بإصبعه حقا واجبا عليه.

(**الجامع**): وإذا قطع يد رجل ويده صحيحة تقطع المقطوعة يده إصبعا من أصابع القاطع وقطع القاطع يد رجل آخر فقطع المقطوع يده الثانية إصبعا من أصابع

القاطع ثم إن قاطع اليدين قطع يد رجل ثالث فقطع المقطوع الثالث أصبعا من أصابع القاطع ثم اجتمعوا عند القاضي فلا خيار لواحد منهم في أخذ الدية ويقطع ما بقي من يده لهم ويكون عليه للمقطوع الأول ثلاثة أخماس دية يده وثلث خمسها وللثاني نصف دية يده وثلث ربعها وللثالث أربعة أتساع دية يده؛ لأنه لما قطع كل واحد منهم إصبعا من أصابع القاطع فقد مال إلى فقد رضي باليد الناقصة المعيبة فسقط خياره، فإذا اجتمعوا وقطعوا يده مع الإصبعين الباقيتين فصارت هاتان الإصبعتان مقطوعتين لهم جميعا لكل واحد منهم ثلثي إصبع واحدة ثم حق الأول في يد كانت خمسة أصابع وبقطع الإصبع استوفى خمس حقه وبالقطع الثاني استوفى ثلثي خمس حقه وبقي حقه في ثلاثة أخماس اليد وثلث خمسها فالمقطوع الثاني حقه في يد كان فيها أربع أصابع؛ لأنه قطع يد الثاني وفي يده أربع أصابع وبالقطع الأول استوفى ربع حقه وبالقطع الثاني استوفى ثلثي حقه فيرجع على القاطع بربع دية اليد وذلك نصف دية يده وثلث ربعها وحق الثالث كان في يد فيها ثلاث أصابع فبالقطع الأول استوفى ثلث حقه وبالقطع الثاني استوفى ثلثي حقه فبقي حقه في ثلث حقه وثلث ثلث حقه والوجه في تصحيحه أنا نحتاج إلى حساب له ثلث ولثلاثة ثلث وأقله تسعة استوفى بالقطع الأول ثلث حقه وذلك ثلثه وبالقطع الثاني استوفى ثلثي ثلث حقه وذلك بينهما فصار مستوفيا خمسة أسهم من تسعة بقي حقه في أربعة أتساع حقه ويكون ما يغرم القاطع من ذلك في سنتين في السنة الأولى ثلثاه وفي الثانية ثلثه؛ لأن جميع دية اليد تجب مؤجلا في سنتين ثلثاه في سنة وثلثه في سنة فالبعض منها كذلك يجب اعتبارا للبعض بالكل.

رجل قطع يدي رجل عمدًا فقطع أحدهم يده من المرفق فقد سقط قصاص إحدى اليدين المقطوعتين الأوليين وعلى القاطع دية واحدة بينهما في سنتين، فإن شاء القاطع قطع ذراع الذي قطع يده من المرفق، وإن شاء ضمنه دية يده وحكومة عدل في ذراعه؛ لأنه لما قطع أحدهم يد القاطع من المرفق فقد سقط القصاص عن القاطع لذهاب التي فيها القصاص؛ لأن المقطوعة يده أخذ ما ليس له حقه؛ لأنه قطع فوق موضع حقه، فإن حقه كان في قطع اليد من الزند وهو قطع من المرفق فلم يصر

مستوفيا حقه ولا قاطع اليدين موفيًا حقه والقصاص يكون دية واحدة بينهما نصفان كما لو قطع أجنبي يد هذا القاطع فكذا هذا، وإنما خير القاطع؛ لأن يده كانت صحيحة ويد قاطعه كانت ناقصة إذ كان له ساعد لا كف معها وصار كالشلاء إذا قطع يدا صحيحة بخلاف الرجلين لكل واحد ساعد بلا كف فقطع أحدهما ساعد صاحبه لا قصاص على القاطع وهنا يجب القصاص على الذي له ساعد بلا كف إذا اختار المقطوعة يده من المرفق القصاص والفرق أن ثمة إنما لم يجب القصاص؛ لأنه لا يعرف المساواة بين البدلين في القيمة يقينا وإحاطة وإنما يعرف بالحرز والظن بالتقويم، وفي ذلك يقع التفاوت ولم يكن للساعد أرش معلوم والمساواة في القيمة شرط جريان القصاص في الأطراف وهنا اليد الذي قطعت من المرفق صحيحة لها أرش مقدار معلوم وللقاطع ساعد لا كف معها ليس لها أرش معلوم ولكن هذا لا يمنع جريان القصاص كالشلاء إذا قطع يدًا صحيحة وجب القصاص فكذا هذا.

(باب جناية الرجل على الرجلين وعلى عكسه)

(**المبسوط**): وإذا قطع يميني رجلين قطعت يمينه لهما وغرم دية بينهما.

وقال الشافعي: لو قطعها على التعاقب تقطع للأول ويغرم الدية للثاني وإن قطعهما معا يقرع القاضي بينهما فيقطع من خرجت القرعة له ويغرم الدية للآخر.

والصحيح قولنا؛ لأن يد القاطع لم تصر مملوكة للمقطوعة يده؛ لأن اليد لا تقبل الملك؛ لأن الجزية تنافي الملك للأعيان؛ لأنها تقتضي الصفاء والخلوص لصاحب النفس، ولهذا لو قطعت يد القاطع عمدًا يجب القصاص، فإن كان خطأ فالدية له فبقيت اليد على ملك القاطع إلا أن الأول ملك إتلافها وذلك قائم به لا باليد فكانت اليد خالية عن الملك فيملك الثاني إتلافها إلا أنه التحق ملك الإتلاف بملك العين حتى يجري فيه الإرث؛ لأنه في معنى ملك العين فبقي بعد موته، فإذا قطعت لهما فقد أوفى ببعض طرفه حقا مستحقا عليه فصار كالسالم له فيغرم الدية بخلاف ما لو قتل رجلين يقتص بهما ولا يغرم الدية؛ لأن بقتله صار كل واحد

منهما مستوفيا حقه على الكمال؛ لأن حق كل واحد منهما في إعادة الحياة وبقتل الواحدة حصل لهما إعادة الحياة معنًى كما بينا، فإن حضر أحدهما والآخر غائب كان للحاضر أن يستوفي القصاص؛ لأن حق كل واحد منهما في إتلاف كل اليد واستيفاء البعض لمكان المزاحمة ولا مزاحمة هنا؛ لأن حق الحاضر قد ظهر عند القاضي وحق الغائب لم يظهر وصار كأحد الشفيعين إذا حضر قضى له بالجميع فكذا هذا، وللآخر دية يده بخلاف القصاص في النفس إذا قضى لأحدهما وقتله لم يجب للآخر شيء لنا فوات حقه في الاستيفاء لا يكون بسبب القصور في المحل فإنهما إذا اجتمعا فاستوفيا صار كل واحد منهما مستوفيا على الكمال فلا يجب معه الدية في الطرف فوات حقه بسبب قصور في المحل؛ لأنه يضيق المحل عن إيفاء حق كل واحد منهما فيجب الضمان.

ولو عفا أحدهما قبل القضاء بالقصاص والدية بطل حقه واقتص للآخر؛ لأن المزاحمة قد انقطعت بالعفو فبقي حق الآخر في الكل.

وإن عفا بعد القضاء بالقصاص والدية بينهما قبل أخذ الدية كان للساكت دية يده عند محمد وعندهما للساكت أن تقطع يده لمحمد أن القاضي لما قضى بالقصاص والدية بينهما فقد أبطل حقهما عن يد واحدة إلى الدية.

وله هذه الولاية؛ لأنه لا يقدر على القضاء بالقصاص لكل واحد منهما على الكمال فكان له أن يقضي بالقصاص والدية بينهما، فإذا ثبت حقهما في دية واحدة على الجاني يبطل حقهما في يد واحدة ويبقى حقهما في يد واحدة، فإذا عفا أحدهما يبطل نصيبه وينقل نصيب الآخر إلى الدية.

لهما: أن هذا ليس بقضاء حقيقة بل هو فتوى؛ لأن القصاص لا يقبل الاشتراك؛ لأن القطع في البعض لا يتصور وجوبا واستيفاء لأنهم اتفقوا على أن لهما حق استيفاء القصاص في يد واحدة واستيفاء دية واحدة ولا قضاء مع وجود الموافقة والمسالمة وانعدام المنازعة والمشاجرة ولكنه أفتى بما يجب لهما وهو أن يجتمعا على القطع وأخذ الدية بينهما فصار الحال بعد القضاء كالحال قبله، ولو أخذ الدية ثم عفا أحدهما يكون للآخر نصف الدية لأنهما لما قبضا الدية فقد ملكاها ومن

ضرورة ثبوت الملك في المستوفى أن لا يبقى الحق في كل اليد فسقط حق كل واحد منهما في نصف اليد لكي لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد فلا يتمكن من استيفاء كل اليد بدون نصيب العافي فبطل حقه في القصاص فيصير القطع الآن موجبا الدية في نصيبه كما إذا كان خطأ، ولو أخذ بالدية كفيلا ثم عفا أحدهما فللآخر القصاص؛ لأن الكفالة توثيق وليس فيها معنى الاستيفاء ولو كان رهنا كان بمنزلة ما لو قبضا الدية لما عرف.

ولو قطع يد رجل وإصبع آخر يقطع إصبعه بإصبعه ثم يخير صاحب اليد بين قطع ما بقي وبين دية يده؛ لأنا لو بدأنا بحق صاحب اليد، فإن الاستيفاء على صاحب أصابع اليد أصلا، وإذا بدأنا بالإصبع يمكن لصاحب اليد من استيفاء حقه مع ضرب نقصان فكانت البداية بالإصبع أولى، فإن بدأ صاحب اليد فقطع غرم القاطع أرش الإصبع؛ لأنه أوفى بطرفه حقا مستحقا عليه أو أتلفه ضمن الأرش، وكذلك لو قطع مفصلا من إصبع رجل ومفصلين من إصبع آخر وإصبعا من آخر قطع المفصل الأعلى للأول ثم يخير الثاني والثالث؛ لأنه لا يحق لهما في قطع المفصل الأعلى؛ لأن القاطع قطع المفصل الأعلى للأول لا لهما فكانت البداية بحق صاحب المفصل الأعلى أولًا؛ لأن فيه إيفاء حقه مع إيفاء حق الآخرين ناقصا فيخيران فيه.

(العيون): رجل قطع إصبع رجل خطأ وقطع آخر كفه عمدًا فمات منهما قال زفر: لا يجب القصاص وعلى كل واحد منهما نصف الدية.

وقال أبو يوسف: يجب القصاص على قاطع الكف؛ لأن جناية الثاني تفوت محل بالجناية الأولى ويعدم آثارها وبقي عمدًا محضًا صالحًا لوجوب القصاص فيجب عليه القصاص، فإن يحلف عن الأول بشبهة الخطإ كما إذا قطع واحد يده خطأ وآخر قتله عمدًا يجب القصاص على القاتل؛ لأن جنايته فوتت محل الجناية الأولى.

لزفر: أن النفس تلفت بسراية جنايتهما؛ لأن آثار الجناية الأولى وآلامها تمكنت في النفس وانضمت إليها آلام الجناية الثانية فصارا شريكين في القتل.

(باب من يستحق القصاص ويلي استيفاءه)

(المبسوط): فيه فصول:

فصل في ولاية الاستيفاء بحكم القرابة.

وفصل في الاستيفاء بحكم الملك.

وفصل في الاستيفاء بحكم السلطنة والولاية.

(فصل)

المستحق للقصاص والدية الورثة مثل ما يستحق ماله على فرائض الله تعالى يدخل في ذلك الزوج والزوجة لأنهما وجبا بدلا عن النفس والوارث يقوم مقام المورث في استحقاق كل ما كان له من الأملاك والحقوق إلا أن الدية تجب حقا للميت ابتداء حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه ثم تثبت للورثة بطريق الخلافة والوراثة عنه والقصاص يحق حقا للورثة ابتداء لا بطريق الخلافة والوراثة عند أبي حنيفة رحمه الله حتى لو أقام واحد من الورثة البينة على القصاص لم يكن إثباته إثباتا في حق الباقين عنده وسيأتي ذلك في باب البينة على القصاص ولا ينفرد أحدهم بالاستيفاء إذا كانوا كبارا حتى يجتمعوا لأنا لو أطلقنا للبعض الاستيفاء مع غيبة الباقين لأدى إلى إبطال حق الباقين في الاستيفاء، ولو كان القصاص بين صغير وكبير فللكبير استيفاؤه عند أبي حنيفة وقالوا جميعا ليس له ذلك إلا أن يكون الشريك أبًا له فيستوفيه خلافا للشافعي. وعلى هذا الخلاف إذا كان شريك الكبير معتوها أو مجنونا أو هو أخ له وكذا للسلطان استيفاؤه مع الكبير عنده خلافا لهما. حجتهم: أن ملك القصاص ثابت في المحل للكل بدليل أنهم يملكون الاعتياض والعفو عنه.

ويستوفى بحكم الملك عن اختيار، ولو مات أحدهم يورث وهذه فوائد الملك وثمراته وملك الصغير معصوم محترم وأثر العصمة أن لا يقدر أحد على إبطاله إلا بعوض.

له: أن استيفاءه معجلا منجزا يكون منتظما للمصلحة دافعا للمفيدة وهي صون القود وحفظه عن تطرق الفوات إليها إما بجهة الغيبة أو بجهة الموت، فإن مدة الصبا مدة مديدة يده والموت في هذه المدة المديدة وتغييب القاتل نفسه على وجه لا يطلع عليه أحد حقيّته على نفسه غالبة وليس بندرة والأب محيط بوفور الشفقة وكمال العطفة على ولده وشفقة الأخ وعطفه هنا أبلغ وأوفر؛ لأن استيفاء حق الصغير لا ينفك عن استيفاء حقه وهو غير متهم فيما يرجع إلى مصالح نفسه فلا يكون متهما بالتقصير فيما يرجع إلى مصالح الصغير فينتصب نائبا عن الصغير كما إذا كان القصاص مشتركا بين الأب والصغير.

ولو كان الكل صغارا قيل الاستيفاء إلى السلطان، وقيل ينتظر إلى بلوغهم أو بلوغ أحدهم، ولو كان الكل كبارا وأحدهم غائبًا فليس للحاضر استيفاء؛ لأن احتمال وجود العفو من الغائب قائم والاحتمال يورث الشبهة فلا يطلق له الاستيفاء مع الشبهة.

(فصل)

وإذا قتل العبد عمدًا فالقصاص لسيده؛ لأن السيد من العبد بمنزلة الوارث من المورث لكونه أقرب الناس إليه وأخصهم به ملكا وولاية، وكذلك لو للموليان قصدا والمدبر والمدبرة وأم الولد وولدها بمنزلة العبد؛ لأنهم على ملك المولى رقبة وانتفاعا. رجل قطع يد عبد عمدًا فأعتقه المولى ثم مات من ذلك، فإن كان للعبد ورثة غير المولى فلا قصاص فيه لاشتباه الولاء؛ لأن باعتبار أصل الجناية يجب القصاص للمولى؛ لأن الجناية وردت على ملكه والجناية تبع للسراية ولا يمكن إفرادها عن أصلها وباعتبار السراية يكون القصاص لوارث العبد؛ لأن الجناية لا تتم قتلا إلا بالسراية فقد صارت الجناية قتلا موجبا وهو حر فاشتبه ولي القصاص فامتنع القصاص، فإن لم يكن له وارث غير المولى فله أن يقتص منه عندهما، وعند محمد لا يقتص وعلى القاطع أرش اليد وما نقصه القطع إلى أن أعتقه وبطل الفصل.

لمحمد: أنه اشتبه بسبب الحق لأنا إن اعتبرنا أصل الجناية وجب الحق للمولى باعتبار الملك وإن اعتبرنا السراية وجب الحق باعتبار الولاء فصار سبب الحق مجهولا فصار كما لو كان الولي مجهولا وصار كما لو كان القطع خطأ يجب أرش اليد وما نقصه القطع إلى أن أعتقه، لهما: أن المستحق للقصاص الولي بأي سبب استحق إما بالملك أو بالولاء ولا عبرة لاختلاف السبب مع اتحاد الحكم المستحق؛ لأن الاستحقاق بسببين أقوى وآكد من الاستحقاق بسبب واحد بخلاف ما لو كان القطع خطأ؛ لأن المستحق للدية حال ابتداء الجناية للمولى وحالة السراية للعبد لأنه حر وقت وجوب الدية ويبدل المستحق بقطع السراية، وفي العمد لا يبدل المستحق؛ لأن المستحق للقصاص في الحالتين للعبد؛ لأنه في استحقاق القصاص منفي على أصل الجزية وإنما يستوفي المولى بطريق الخلافة والنيابة عنه بمنزلة الوارث، وإذا لم يتبدل المستحق لا تنقطع السراية عن الجناية بالعتق ولو قتل المكاتب عمدًا ولم يترك وفاء فللمولى القصاص بالإجماع؛ لأنه مات قنًّا قال الحاكم أبو الفضل: هذا إذا لم يكن في قيمته وفاء بدل الكتابة، فإن كان في قيمته بالمكاتبة فلا قصاص فيه لأنا متى أوجبنا على القاتل قيمته وفيها وفاء بالمكاتبة يعتق المكاتب أولا مدة وفيه أيضًا استيفاء روح القاتل ومتى أوجبنا القصاص بطل ذلك كله فكان إيجاب القيمة على القاتل وفيه إحياء للمكاتب وأولاده واستيفاء روح القاتل أولى والصحيح أن فيه القصاص، وإن كان في قيمته وفاء؛ لأن الواجب بقتل العمد القصاص لا المال ولا يجوز تغيير حكم الشرع وتبديله والقصاص لا يصلح لإيفاء بدل الكتابة فقد مات عاجزًا أو قنًّا فيجب القصاص للمولى وهذه المسألة من خواص المبسوط لا يعرف روايته إلا فيه ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فلا قصاص؛ لأن الصحابة رضوان الله عليهم اختلفوا في حرّيته قال بعضهم مات رقيقا وقال بعضهم مات حرًا والاختلاف في هذا يوجب شبهة واختلافا في المستحق، فإن مات حرًا المستحق هم الورثة وإن مات قنًّا فالمستحق هو المولى وجهالة المستحق واشتباهه يمنع وجوب القصاص والشبهة ملحقة بالحقيقة فيما تدرأ بالشبهات، وإن لم يكن له وارث إلا المولى فله القصاص عندهما خلافا

لمحمد وهو روايته عن أبي يوسف؛ لأن سبب الاستحقاق قد اختلف؛ لأنه إن مات حرًّا كان الاستحقاق بالإرث وإن مات قنًّا كان الاستحقاق بالملك فينزل اشتباه السبب منزلة اشتباه المستحق.

لهما: أن المستحق للقصاص المولى بأي سبب استحق يقينا وإحاطة وترادف السببين واجتماعهما يوجب في الاستحقاق قوة ووكادة لا وهنًا ونكادة.

ولو قتل المكاتب عبده فلا قود فيه؛ لأن للمكاتب شبهة الملك فيه ولو قتل عبد المكاتب عمدًا فلا قصاص فيه لأنا لا ندري أنه حق للمولى أو للمكاتب؛ لأن لكل واحد منهما فيه حق الملك فأشبه المستحق وكذلك إذا قتل عمدًا قتل ابنه عمدًا؛ لأن رقبته لمولاه لكن مكاسبه للمكاتب فصار للمكاتب فيه حق أيضًا فصار المكاتب في ابنه كالمولى في عبد حق المكاتب كالمكاتب في ابنه، وكذلك العبد المأذون إذا قتل عمدًا وعليه دين فلا قصاص فيه وإن اجتمع المولى والغرماء معا، وكذلك العبد المرهون إذا قتل عبدًا لا قصاص فيه وإن اجتمع الراهن والمرتهن؛ لأن سبب الاستحقاق في القصاص ملك الرقبة والمرتهن ليس بمالك للرقبة فلا يملك استيفاءه والراهن إذا استوفى سقط حقه في الدين؛ لأنه يصير هالكا من غير بدل وليس له أن يتصرف تصرفًا يسقط حق الغير ورضا المرتهن يسقط حقه وهو اليد والحبس لا يعتبر؛ لأن حقه قد سقط بالهلاك فكيف يعتبر رضاه بسقوط حق ساقط.

وذكر القدوري: إذا حضر الراهن والمرتهن يستوفيان القصاص؛ لأن لأحدهما ملك الرقبة وللآخر ملك اليد والحبس وإنه حق يضاهي الملك وفي استيفاء القصاص بطلان حقهما فيملكان الاستيفاء وصار كالعبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر قتل عمدًا والعبد المبيع إذا قتل قبل القبض روى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا قصاص فيه لأحد سواء أجازه المشتري أو نقضه؛ لأن حقيقة الملك للمشتري وملك اليد والحبس للبائع فصار كالعبد المرتهن، وأبو يوسف روى عن أبي حنيفة إذا أجاز المشتري البيع فله القصاص؛ لأن الملك كان ثابتًا للمشتري عند الجناية فكان الحق له، فإذا اتصلت به الإجازة فقد انتهى

الملك وبطلت اليد المستحقة للبائع، فإذا انتقض البيع فللبائع القصاص، وقال أبو يوسف إذ انتقض فللبائع القيمة لا القصاص؛ لأن الملك لم يكن ثابتًا للبائع وقت الجناية فلا ينعقد القتل موجبا للقصاص حقا له فلا يثبت له من بعد ولكنه بالقتل صار مستهلكا حقه فيلزمه قيمته، لأبي حنيفة أن بالقبض ينفسخ البيع من الأصل ويصير كأنه لم يكن وعاد إلى قديم ملك البائع فيظهر أن القتل ورد على ملكه فيجب القصاص قال أبو يوسف: إذا قبل الصداق أو بدل الصلح عن دمه دم العمد قبل القبض فذلك بمنزلة المبيع؛ لأن المستحق إن رضي بإتباع القاتل فقد تم ملكه وتناهى فيجب له القصاص، وإن طالبه بالقيمة فالملك في العبد قد انفسخ وعاد إلى قديم ملك الآخر فيجب القصاص في الآخر، ولو قتل المبيع في يد المشتري والخيار له فلا قصاص له قبض البائع الثمن أو لم يقبض؛ لأن الخيار سقط قبل القتل في يده فلزم البيع فيه وانبرم فتناهى الملك فيه واستحكم.

ولو كان الخيار للبائع اتبع القاتل فقتله؛ لأن القتل صادف ملك البائع، وإن شاء ضمن المشتري قيمته؛ لأنه مضمون في يده بالقيمة وكذا العبد المغصوب إذا قتل في يد الغاصب فاختار المالك تضمينه لم يكن للغاصب القصاص؛ لأن الملك وإن ثبت له بأداء الضمان فيستند إلى الغصب لكن المستند لا يظهر في حق القصاص؛ لأنه يسقط بالشبهة، وذكر في المضاربة ودفع ألفًا مضاربة وذكر فاشترى المضارب بها عبدًا يساوي ألفًا فقتل عمدًا فلا قصاص فيه؛ لأنه مشترك في الابتداء وفي الانتهاء فبطل حق المضارب إذا لم يصل رأس المال إلى رب المال؛ ولأنه في الحكم ملك رب المال ولكن للمضارب فيه حق الملك فأشبه الولي.

وذكر في الوصايا: لو قتل العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر عمدًا فلا قصاص له إلا أن يجتمعا فيقبضان؛ لأن سبب الاستحقاق القصاص ملك الرقبة لا ملك المنفعة فكان المولى صاحب الرقبة كما لو قتل العبد المستأجر كان القصاص لمالك الرقبة لا لمالك المنفعة فكان الولي متعينًا لا مشتبها إلا أن صاحب الخدمة يتضرر بالقصاص وينتفع بالمال لو اصطلحوا على المال فشرطنا رضاه لهذا بخلاف المسائل المتقدمة؛ لأن الولي مشتبه مجهول في الأصل غير متعين فامتنع القصاص لجهالة الولي.

(فصل)

قتل رجلًا عمدًا ولا ولي له للسلطان أن يقتص أو يأخذ الدية لقوله عليه السلام: "**السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ**" ولأن ولايته على رعيته عامة كاملة وزعامته شاملة وقد وجب الحق للكافة؛ لأن منفعته إليهم عائدة فينوب الإمام مناب العامة في الاستيفاء صونا للدماء المحقونة[١].

وقال أبو يوسف: ليس له أن يقتص إذا كان المقتول من أهل دار الإسلام كاللقيط؛ لأن من كان من أهل دار الإسلام فالظاهر أن له وليًا لا يشعر به الإمام وقيام الولي يمنع غيره من الاستيفاء أو يجوز أن يكون له وليًا فيقع الثبات في ثبوت ولاية الاستيفاء للإمام فلا يثبت.

لهما: أن طريق الوصول إلى العلم بوجود الولي مفسد فلا يعتبر قيامه ووجوده إذا فقد الدليل الموصل إليه فتعذر إثبات الولاية لولي مجهول بتعذر الوصول فسقط اعتبار وجوده فكان السلطان وليا له؛ لأنه ولي من لا ولي له وصار كالحربي أسلم وخرج فقتل عمدًا كان للسلطان القصاص فكذا هذا.

وللأب أن يقتص للصغير أو يصالح سواء كان القصاص في النفس أو فيما دونها خلافا للشافعي؛ لأن للأب ولاية كاملة ورعاية شاملة على الصغير وماله جميعا والقصاص شرع لتشفى الصدور ودرك الثأر وذلك شامل راجع إلى النفس وللأب ولاية عن نفسه في إقامة مصالحها كالإمام وله أن يصالح؛ لأنه أنفع للصغير من الاستيفاء، وليس للوصي أن يقتص في النفس بحق نحو: أن قتل عبد اليتيم عمدًا؛ لأن ولاية تصرفه مختصة بالمال.

وله أن يقتص فيما دون النفس في عامة الروايات.

وفي رواية أخرى عن أبي حنيفة ليس له ذلك؛ لأن القصاص في الطرف تشبه

---

(١) انظر: الشرح الصغير ٤٧٤/٢، والشرح الكبير مع حاشية الدسوقي ٤٠٢/٤، والإقناع ٥٢/٤، والمنهاج وشرح الجلال ٣٠٤/٢، والمغني لابن قدامة ٦٤٠/٦، ٦٤١، وحاشية ابن عابدين ٧٢٢/٦.

القصاص في النفس؛ لأن كل واحد منهما عقوبة تندرئ بالشبهات وهو الأظهر على قول أبي يوسف ومحمد لأنهما جعلا الطرف كالنفس في حكم القضاء بالنكول وجه عامة الروايات: أن الطرف يسلك به مسلك الأموال حتى يجري فيه البدل بأن وقعت فيه الأكلة حل قطعه، ولهذا أجاز أبو حنيفة رضي الله عنه القضاء بالنكول في الطرف وله ولاية استيفاء الصغير فكذا استيفاء مال الصغير فكذا استيفاء ماله حكم المال وصلحه يأتي في باب العفو.

(باب العفو عن الجناية وما يحدث منها)

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: في العفو عن الجناية وما يحدث منها.

والثاني: في عفو بعض الورثة.

والثالث: في الشهادة على العفو.

(فصل)

العفو عن القاتل أفضل وأجزل؛ لأن الله تعالى حثه عليه وندبه إليه بقوله: ﴿وَأَن تَعۡفُوٓاْ أَقۡرَبُ لِلتَّقۡوَىٰۚ﴾ [البقرة: ٢٣٧] ثم العفو لا يخلو إما أن يكون عن العمد أو عن الخطإ وكل وجه لا يخلو إما أن كان عن الجناية والشجة أو عن القطع وما يحدث منها أو عن القطع أو الشجة وحدها، فإن كانت الجناية عمدًا، ثم قال المقطوع للقاطع عفوتك عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منها يبرأ عن القطع والسراية؛ لأن الجناية اسم عام ينطلق على الجناية على النفس وما دونها فكذا فجاء يحدث عن القطع والشجة ينطلق على النفس وما دونها فيتناول العفو عن النفس وما دونها مطلقًا.

ولو قال: عفوتك عن القطع أو عن الشجة؛ لا يكون عفوا عن السراية، ولو مات منه يجب القصاص قياسا والدية استحسانًا عند أبي حنيفة وعندهما يبرأ عن السراية. لهما: أن العفو عن القطع أو عن الشجة عفو عما يحدث منه؛ لأن القطع نوعان: قطع

سارٍ وقطع مقتصر ومطلق اسم القطع يشملهما فيتناول العفو كلاهما؛ لأن العفو إذن في الانتهاء فيعتبر الإذن في الابتداء والإذن بالقطع في الابتداء يكون إذنا به وما يحدث منه فكذلك الإذن به في الانتهاء له أنه عفا عما ليس بحق له؛ لأن الجناية لما اتصلت بها السراية صارت قتلًا بابتدائها كما بينا والقتل ليس بحق له؛ لأن حقه في القطع لا في القتل والقتل يباين القطع ويغايره؛ لأن القطع إبانة اليد عن المفصل والقتل إزالة الروح عن النفس والقطع قد يوجد مقتصرًا بغير سراية، ولهذا لو كان القطع ظلما ومات كان قتلا حتى يجب القصاص فلا يكون العفو عن القطع عفوا عن القتل إلا أنه سقط القصاص إلا أن هذا قتل في صورة القطع والعفو عن الصورة يكفي لدرء ما يندرئ بالشبهات فأما إذا كان خطأً فعفا عن القطع ثم سرى ومات كان على هذا الخلاف، وإن عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية صح العفو عن الكل كما في العمد إلا أن في العمد يعتبر الدية من جميع المال وفي الخطإ من الثلث ويكون هذا وصية للعاقلة سواء كان القاتل واحدًا من العاقلة أو لا؛ لأن الوصية للقاتل إذا لم تصح تعود إلى العاقلة؛ لأن من أوصى كمن تصح الوصية ولمن لا تصح صارت الوصية كلها لمن يصح له كمن أوصى بثلث ماله لحي وميت فكذا هذا.

ولو عفا المولى قبل موت المجروح جاز استحسانًا ويقتل قياسا؛ لأن الولي عفا عن حق الميت؛ لأن ضمان النفس يجب حقا للميت ثم ينتقل منه إلى الورثة متى فضل عن حاجته؛ لأن الجناية وردت على حقه، ولهذا يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه فلا يصح عفوه.

وجه الاستحسان: أن الضمان يجب بعد الموت والميت ليس من أهل الملك فيقع الملك للوارث فيه ابتداء ولكن لما كان الميت محتاجا إليه لقضاء دينه يصرف إليه؛ لأنه بدل نفسه وقد تعلق به حق الغير وهو حق الغريم والموصى له.

وكذلك لو قطع الولي ثم عفا عنه ضمن دية يده عند أبي حنيفة خلافًا لهما.

لهما: أنه استحق إتلاف النفس فيستحق إتلاف الطرف؛ لأنه جزء من أجزاء النفس فيدخل في الاستحقاق ولا محالة وصار كما لو عفا ثم سرى له أن نفسه صارت مستحقة له في حق الإتلاف بالقتل لا مطلقًا مع قيام المنافي للاستحقاق

وهي الحرية والقطع المقتصر ليس بقتل فلم يظهر الاستحقاق في حقه فقد فوت حقا معصوما محترما لغيره فيجب ضمانه بخلاف ما إذا سرى؛ لأنه قتل؛ لأنه إزهاق الروح. القاتل اثنان فعفا الولي عن أحدهما بقتل الآخر خلافا لزفر.

لـه: أن القصاص إنما يجب بعد الموت وبعد الموت لم يبق فعل أحد الشريكين موجبا للقصاص فتعذر إيجاب القصاص على الآخر؛ لأنه اختلط الموجب بغير الموجب فمنع الوجوب فصار كالبائع مع الصبي أو الأب مع الأجنبي.

لنا: أن فعلهما انعقد موجبا للقصاص للحال؛ لأنه متى اتصل انزهاق الروح بفعلهما تبين أن فعلهما كان قتلًا من حيث صدر منهما فتبين أنهما انعقدا وانتهضا موجبًا للقصاص إلا أنه سقط عن أحدهما بعفو الولي فلا يسقط عن الآخر، وإذا ورث القاتل بعض دمه يحول نصيبه للباقين مالًا؛ لأن القاتل لما ملك شيئًا من القصاص سقط نصيبه؛ لأنه تعذر استيفاؤه فيسقط نصيب الباقين للشبهة بمعنى من جهة القاتل فصار كما لو عفا أحد الورثة.

(فصل)

وإذا عفا أحد الورثة تحول نصيب الآخرين مالًا خلافًا للشافعي في قول لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَهُۥ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ﴾ [البقرة: ١٧٨]؛ لأنه رُوي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما بأنهما قالا: نزلت الآية في دم بين شريكين عفا أحدهما. وروي عن عمر رضي الله عنه أنه سئل عن قصاص بين رجلين عفا أحدهما هل للآخر أن يقتص، فاشتبه عليه ذلك فشاور عبد الله بن مسعود في ذلك فقال: أرى العافي قد أحيى بعض النفس فليس للساكت أن يميت ما قد أحياه العافي فاستحسن عمرو وقال: كنيف ملئ علما، ولأن القصاص وجب مشتركا بينهما وقد امتنع استيفاؤه عن نصيب العافي فيمتنع استيفاؤه في نصيب الساكت ضرورة أنه لا يتجزأ ولا يتبعض إلا إن تعذر استيفاء القصاص لما جاء لا من جهة من له الحق يتحول نصيبه مالًا؛ لأنه لم يرض بسقوط حقه أصلا وقد عجز عن استيفاء عين حقه فيجب له بدله في مال القاتل؛ لأنه كان عمدًا، وإذا قتل العبد مولاه وله وليان فعفا

أحدهما سقط الدم كله وهو عبد بينهما عندهما وقال أبو يوسف: على العافي أن يدفع إلى الآخر نصف نصيبه أو يفديه بربع الدية.

لأبي يوسف: أن القود وجب لهما في كل الدم على الشركة والشياع في النصفين، فإذا انقلب نصيب الساكت والآبي مالًا بعفو العافي صح نصفه في ملكه ونصفه في ملك صاحبه فما أصاب ملكه سقط وما أصاب ملك صاحبه لم يسقط وهو الربع.

لهما: أن العبد باق على حكم ملك الميت بدليل أنه لو ظهر دين يقضي منه والمال الواجب بعد عفو أحد الوليين يكون للميت أيضًا باعتبار بدل نفسه والمولى لا يستوجب على مملوكه شيئًا فتعذر إيجاب المال، ولأن نصيب الساكت لو انقلب مالًا لتعلق الضمان بنصيبه لا بنصيب العافي ونصيبه مملوكا له والمولى لا يستوجب على مملوكه شيئًا فبطل بخلاف المدبر والمكاتب لأنهما عتقا بموته والمولى يستوجب على معتقه مالًا، وإذا دفع العبد صار ثلاثة أرباعه للساكت وربعه للعافي.

وفي هذه المسألة ادعى أبو يوسف السهو على محمد رحمهما الله في (الجامع الصغير).

وكذا عبدين شريكين قتل قريبا لهما فعفا أحد الموليين يسقط كله عندهما، وعند أبي يوسف يقال للعافي: ادفع نصف نصيبك أو افده بربع الدية.

وذكر في (**الزيادات**): عبد قتل مولاه وأجنبيا ولكل واحد منهما وليان فعفا واحد من هذين وواحد من هذين معا فعندهما يبطل حقهما، وعند أبي يوسف يقول لهما: ادفعا ربع العبد إلى ولي الآخر أو افدياه بنصف الدية.

لأبي يوسف: أن العبد حالة الوجوب مشترك بينهما فجاز أن يستحق شيئًا في نصيب شريكه فلم يهدر الدم وانقلب نصيبه مالًا وهو الربع والربع يثبت في النصفين شائعا فيما لاقى نصيب نفسه سقط وما لاقى نصيب شريكه وهو الثمن فيخاطبان بدفع ربع العبد إلى ولي الأجنبي ثم يخاطب المعافي بدفع الثمن إلى الساكت وعندهما هدر الدم في حق ولي المولى بقي حق غير العافي من ولي

الأجنبي في نصف الجناية والمستحق لهما بكل الجناية نصف العبد لأجل المزاحمة والمشاركة فيكون المستحق بنصف الجناية ربع العبد وبأن سقط حق أحدهما بالعفو لا يزداد حق الآخر لا يخير ورثة المولى بين دفع ربع العبد إليه والفداء بنصف الدية والباقي بين ولي المولى نصفان بالإرث، فأما إذا عقبا على التعاقب فعندهما يقال لولي المولى ادفعا نصف العبد إلى ولي الأجنبي أو افدياه بنصف الدية؛ لأن المزاحمة لم تتحقق في المحل وهو العبد هنا؛ لأنه إن كان عفو أحد وليّي المولى سقط الدم كله وبقي حق ولي الأجنبي في العبد، وإذا عفا أحدهما كان للآخر نصف العبد أيضًا؛ لأن حق ولي المولى بقي في القصاص ولم يَصِرْ في المال. ولا مزاحمة بين القصاص والمال فيخيران بين الدفع والفداء، وعند أبي يوسف يقال للساكت من ولي المولى ادفع نصف نصيبك وهو ربع العبد إلى ولي الأجنبي أو افده بربع الدية ويقال للعافي منهما ادفع ثلاثة أثمان العبد إلى ولي الأجنبي وإلى أخيك أو افده بنصف الدية بينهما نصفان والميراث والعبد بينهما ميراث نصفان ويخرجه على نحو ما مر. الولي اثنان فشهد أحدهما على صاحبه أنه عفا فهو على قسمين: إما أن شهد أحدهما بالعفو على صاحبه أو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو.

أما القسم الأول: فهو خمسة أوجه: إما أن صدقه صاحبه والقاتل جميعا أو كذباه أو كذبه صاحبه وصدقه القاتل أو على عكسه أو سكتا جميعا فالعفو واقع في الفصول كلها؛ لأن الشاهد متى أقر بعفو صاحبه فقد أقر بسقوط القصاص في نصيبه، وإذا سقط في نصيبه سقط في نصيب الآخر ضرورة كما لو عفا الشاهد عن نصيبه وأما الدية إن تصادقا فللشاهد نصف الدية؛ لأن الثابت بالتصادق والموافقة كالثابت بالمعاينة، ولو عاينا عفو صاحبه انقلب نصيب الآخر مالًا فكذا هذا.

وإن كذباه فلا شيء للشاهد فيجب للساكت نصف الدية؛ لأنه لما شهد بالعفو فقد أقر ببطلان حقه في القصاص فصح وادعى انقلاب نصيب نفسه مالًا فلم يصدق وتحول نصيب الآخر مالًا؛ لأن تعذر استيفاء القصاص في نصيبه جاء من جهة غيره؛ لأن سقوط القصاص مضاف إلى شهادة صاحبه بالعفو فكان بمنزلة العفو منه

وإن كذبه صاحبه وصدقه القاتل ضمن دية بينهما؛ لأنه لما صدقه فقد أقر له بنصف الدية فلزمه وادعى بطلان حق المشهود عليه بالعفو فلم يصدق فتحول نصيب الساكت مالًا؛ لأن في زعم الشاهد أن نصيبه تحول مالًا بعفو صاحبه والقاتل صدقه فيه فوجب له نصف الدية على القاتل وفي نصيب صاحبه ما سقط القصاص من جهته؛ لأنه لم يثبت عفوه في حقه لتكذيبه وإنما سقط حقه بإقرار الشاهد فينقلب نصيبه مالًا.

وإن كذبه القاتل وصدقه صاحبه ضمن نصف الدية للمشهود عليه ولا يضمن للشاهد شيئًا.

وقال زفر: لا شيء لهما؛ لأن العفو ثبت في حقهما بتصادقهما ولم يثبت في حق القاتل لتكذيبه فسقط نصيب الشاهد ولم يجب المال لتكذيب القاتل في العفو وسقط حق المشهود عليه؛ لأنه لما أقر أنه عفا القاتل فقد أكذب القاتل فيما أقر له بنصف الدية فيبرئ القاتل.

لنا: أن القاتل لما أكذب الشاهد في الشهادة في العفو فقد كذبه فيما ادعى عليه من نصف الدية وأقر للمشهود عليه بنصف الدية في ماله؛ لأنه زعم أن نصيب المشهود عليه إنما سقط بمعنى جاء من قبل الشاهد لا من جهته، فإنه أنكر عفو المشهود عليه والمشهود عليه لما صدّق الشاهد في شهادته فقد أقر بذلك المال للشاهد والمقر له بالمال إذا قال للمقر ما أقررت ليس لي وإنما هو لفلان كان المقر به لفلان كمن أقر بمائة لزيد فقال زيد هي لعمرو وصارت المائة لعمرو فكذا هذا.

وأما **القسم الثاني**: لو شهد كل واحد منهما على صاحبه بالعفو فلا يخلو إما أن شهدا معا أو متعاقبا، فإن شهدا معا إن كذبهما القاتل بطل حقهما كل واحد منهما أقر بسقوط القصاص في نصيبه بنصف دية وجب له على القاتل؛ لأن كل واحد منهما زعم أن حق العافي في القصاص قد سقط وانقلب نصيبه مالًا فصح إقرارهما بسقوط القصاص؛ لأنه لاقى حقهما ولم يصح بالمال على القاتل؛ لأنه دعوى والدعوى لا تثبت إلا بحجة.

وكذلك إن صدقهما القاتل معا؛ لأنه متى صدق أحدهما في دعواه فقد كذب

الآخر في دعواه من المال؛ لأن العافي لا يجب له شيء فقد تعارض التصديق والتكذيب منه في حق كل واحد منهما فلا يثبت التصديق والتكذيب بالشك فصار كأنه سكت.

وإن صدقهما على التعاقب فلهما دية كاملة؛ لأنه لما صدق الأول في دعواه المال فقد كذب الثاني في دعواه المال، فإذا صدق الثاني بعد ذلك فقد صدقه بعدما كذبه والتصديق بعد التكذيب جائز وبتصديق الثاني إن صار مكذبا للأول فيما ادعاه إلا أنه كذبه بعدما تقرر.

حكم التصديق بالسكوت عليه فكان التكذيب منه رجوعا عن إقراره فلم يصح وأما إذا شهدا متعاقبا، فإن كذبهما القاتل فللشاهد آخرًا نصف الدية ولا شيء للأول؛ لأن القاتل لما كذب الأول فقد زعم أن للثاني نصف الدية؛ لأنه لم يثبت عفوه ولم يوجد منه تكذيب للقاتل في إقراره فوجب له نصف الدية والأول أقر بسقوط القصاص في نصيبه بنصف دية وجبت له على القاتل وقد كذبه القاتل في ذلك فلم يثبت وكذلك إن صدقهما معا فلا شيء للأول وللثاني نصف الدية؛ لأنه تعارض التصديق والتكذيب منه في حق كل واحد منهما فصار كأنه سكت فلو سكت يجب للثاني نصف الدية فكذا هذا وإن صدقهما معا فعليه دية كاملة لهما كما بينا وإن صدق أحدهما إن صدق الأول وكذب الثاني فعليه دية كاملة؛ لأنه لما صدق الأول في الشهادة يعفو صاحبه فقد صدقه فيما ادعاه من المال عليه فلزمه وسقط القصاص في نصيب الثاني من جهة الأول بإقراره بسقوط القصاص لا من جهة الثاني؛ لأنه لم يثبت عفوه في حقه لتكذيبه فيجب للثاني نصف الدية ولا يبطل بتكذيب القاتل؛ لأن تكذيب القاتل باطل في حق الثاني وإن صدق الثاني وكذب الأول فللثاني نصف الدية ولا شيء للأول؛ لأنه ثبت عفو الأول في حق القاتل بتصديق الثاني في شهادته ولم يثبت عفو الثاني بتكذيب الأول في شهادته ولو عفا الولي والوصي عن دم الصغير لم يجز؛ لأنه تبرع فهما لا يملكان التبرع بحق الصغير.

ولو صالحا عن القصاص للصغير على مال بأقل من الدية جاز الصلح وضمن الدية لأنهما يملكان الصلح والعفو على مال؛ لأنه إسقاط ما ليس بمال فكان فيه

نفعا للصغير فوقع الصلح نافذا إلا أنهما قصرا في بدل الصلح لما حطا عن الدية؛ لأن الدية مقدرة شرعا فأمكن الاحتراز عن الغبن اليسير فلم يصح الحط والصلح عن القصاص لا يمكن رده فضمن الدية كالوكيل بالبيع بألف إذا باع وحط من الثمن درهما لم يصح؛ لأن الثمن مقدر شرعا، ولو هلك المبيع في يده يلزمه أن يبلغ بالثمن إلى تمام القيمة فكذا هذا.

وذكر في كتاب الصلح: أنه لا يجوز صلح الوصي؛ لأنه لا يملك استيفاء القصاص في النفس فلا يملك الاعتياض عنه؛ لأنه ملحق به؛ لأنه تصرف في النفس. وجه هذه الرواية: أن استيفاء القصاص ليس باستيفاء المال بل المقصود منه تشفي الصدور ودرك الثأر وذلك لا يحصل باستيفاء الوصي فلم يملكه لفوات المقصود وأما المقصود من الصلح فمنفعة المال وذلك يحصل بعقده كما يحصل بعقد الأب.

ولو عفا أحد الوليين وعلم الآخر أن القتل حرام عليه فقتل فعليه القصاص وله نصف الدية في مال القاتل؛ لأن قتله بمحض حرامًا.

وإن لم يعلم بالحرمة فعليه الدية في ماله علم بالعفو أو لم يعلم؛ لأنه اشتبه عليه مثل ما يشتبه مثله؛ لأن ظنه استند إلى دليل يوجب الاشتباه وهو القياس على سائر الحقوق المشتركة كدين بين اثنين إذا أبرأ أحدهما لا يبطل حق الآخر وكان ظنا في موضع الاشتباه فأورث شبهة لسقوط القصاص ولقد اشتبه على عمر مع جلالة قدره في العلم حتى شاور ابن مسعود في ذلك على ما ذكرنا وصار كما لو وطئ جارية امرأته وقال: ظننت أنها تحل لي ولا يحدّ وإذا قال أحد الوليين أبونا حي بعدما قتلا القاتل غرم نصف الدية في ماله ولا يصدق على أخيه.

وقال الشافعي: يقتل الولي.

والصحيح قولنا؛ لأن دليل شبهة الإباحة قائم وهو قضاء القاضي بملك القصاص، فإن لم تعد حقيقة الملك لمانع فلا يتقاعد عن إيراث شبهة الملك كمن زفّت إليه غير امرأته فوطئها لا حدَّ عليه لقيام دليل شبهة الحل وهو حسبان الواطئ أنها موطوءته.

(باب الشهادة في العفو والقتل)

(المبسوط): شهد اثنان من الورثة على بعضهم أنه عفا فشهادتهما باطلة لأنهما يشهدان لأنفسهما بمال على القاتل، ولو شهدا على بعضهم أنه عفا من حصته من الدية في قتل الخطأ فشهادتهما جائزة إذا لم يقبض الشاهدان نصيبهما من الدية.

وذكر في الصلح والمأذون في دين بين ثلاثة أشهد اثنان على الثالث أنه أبرأ عن نصيبه لا يقتل لأنهما بشهادتهما يجران إلى أنفسهما مغنما لأنهما بشهادتهما يقطعان شركة المشهود عليه في الباقي من الدين متى قبض فلا يقتل كما لو شهدا أنه أبرأه عن نصيبه بعدما قبضا نصيبهما. وجه هذه الرواية: أنهما بشهادتهما لا يثبتان لأنفسهما حق المشاركة في شيء لأنهما زعما أنه أبرأ عن نصيبه ولم يقبضا شيئًا ولا أبطلا حق المشاركة للمشهود عليه لأنهما لم يقبضا شيئًا من الدين ولا حوَّلا نصيبهما مالًا وإنما منعا ثبوت المشاركة للمشهود عليه متى قبضا نصيبهما والشاهد يملك المنع ولا يملك الإبطال، وإذا شهد شاهدان بالعفو عن الخطإ فقضى به ثم رجعا ضمنا ما أبطلا نصفين مؤجلا لأنهما أبطلا على المشهود عليه دينا مؤجلا فيضمنان كذلك. شهد شاهدان على ولي الدم أنه أجر القاتل اليوم إلى الليل على جعل معلوم لم يكن عفوا ولا مال له؛ لأن تأجير الحق لا يقتضي سقوطه فكذا تأجيل القتل لا يقتضي سقوطه والمال باطل؛ لأنه لو وجب لوجب عوضا عن الأجل، والاعتياض عن الأجل باطل.

ولو شهدا على أنه أخذ الجعل على أن يعفو عنه يوما كان صلحا؛ لأن عفا عن القصاص يوما والعفو لا يقبل التأقيت فصح العفو وبطل التأقيت وصار كما لو طلق امرأته أو أعتق عبده على ألف إلى الليل جاز الصلح وبطل التوقيت فكذا هذا وقوله وعلى أن يعفو، وإن خرج مخرج العدة فإنما يراد به الإيجاز والإيجاب كالرجل يقول للمرأة أتزوجك على ألف درهم فقبلت فهو نكاح وكان المراد منه الإيجاب فكذا هذا.

(فصل)

رجل قتل عمدًا وله وليان أحدهما غائب فأقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغائب، فإنه يعيد البينة عند أبي حنيفة، وعندهما لا يعيدها.

ولو كان القتل خطأ لا يعيدها بالإجماع، وكذلك لو أقام أحدهما البينة على دين للميت ثم حضر الآخر لا يعيدها.

لهما: أن أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيما وجب حقا للميت والقصاص وجب حقا له؛ لأنه وجب بدلا عن نفسه خيرا لما فيه إحياؤه معنى لما عرف ثم ينتقل إلى الورثة بطريق الخلافة كما في سائر أملاكه المختلفة ولهذا يكون للمرأة نصيب من القصاص والمرأة لا تملك شيئًا من الزوج إلا بالوراثة وصار كما لو كان القتل خطأ، له: أن القصاص وجب حقا للورثة ابتداء أصالة لا وراثة وخلافة؛ لأن حق المرء ما يقع به ويقع القصاص يعود إلى الورثة لا إلى الميت وهو يشفي الصدر ودرك الثأر ودفع الشر المتوجه عليه من القاتل فوجب حقا لهم ابتداء فلا ينتصب أحدهم خصما عن الآخر فيحتاج القادم إلى إعادة البينة بخلاف الدية؛ لأنها وجبت حقا للميت؛ لأنها تصلح لقضاء حوائج الميت من قضاء ديونه وتنفيذ وصاياه ثم انتقل إلى الورثة بطريق الوراثة. رجل قتل وله وليان أحدهما غائب أو قتل عبدين رجلان وأحدهما غائب فأقام القاتل البينة على الحاضر أن الغائب قد عفا والحاضر خصم ويسقط القصاص عنه؛ لأنه ادعى على الحاضر حقا وهو سقوط حقه في القصاص ولا يثبت ما ادعاه إلا بثبوت حق الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب ضرورة، وإذا شهد الشهود أنه ضربه بآلة جارحة فلم يزل صاحب فراش حتى مات ففيه القود إن كان عمدًا لأنهم شهدوا بالقتل العمد؛ لأن الجرح الظاهر سبب لزهوق الروح ظاهرا والحكم متى ظهر عقيب سبب صالح يحال به عليه. شهد شاهدان أنه قطع يده عمدًا من المفصل وشهد شاهد أنه قطع رجله من المفصل ثم شهدوا جميعا أنه لم يزل صاحب فراش حتى مات قضى على القاتل بنصف الدية إن ادعى الولي ذلك؛ لأنه يحتمل أنه مات من قطع الرجل ولم يقم بينة كاملة على قطع الرجل فتمكنت الشبهة في إزهاق الروح بقطع اليد فسقط القصاص وقامت بينة كاملة على قطع اليد فوجب نصف الدية. اختلف شاهدا القتل في الزمان أو في المكان لا تقبل شهادتهما.

وكذلك لو اختلفا في الآلة؛ لأن اختلاف الزمان والمكان والآلة يوجب اختلاف الفعل والعمل يختلف باختلاف الآلة فاختلف المشهود به والقتل لا يتكرر ولا

يتعدد فكان كل واحد منهما شاهدا يقبل على حدة فلا يثبت أحدهما.

وكذلك لو قال: إنه قتله بعصا أو قال الآخر لا أدري بأي شيء قتله؛ لأن من شهد بقتله بعصا شهد على قتل مقيد والآخر شهد على قتل مطلق والمطلق غير المقيد.

وإن شهدوا أنه قتله وقالوا: لا ندري بأي شيء قتله ففيه الدية استحسانًا والقياس أن لا تقبل شهادتهم لأنهم شهدوا بقتل مجهول؛ لأنه إذا جهلت الآلة فقد جهل القتل؛ لأن القتل يختلف باختلاف الآلة.

وجه الاستحسان: أنهم شهدوا بقتل مطلق وأقل موجبه الدية؛ لأنها متيقنة ووجوب القود مشكوك فيه فتجب الدية والمطلق لا يكون مجهولا، فإنه يتناول كل ما يطلق عليه الاسم، ولهذا وجب العمل بالمطلق في باب الكفارة.

رجلان أقر كل واحد منهما أنه قتل فلانا فقال الولي إنما قتلناه جميعا فله أن يقتلهما.

ولو شهد شاهدان على رجل بأن فلانًا قتله وشهد آخران على آخر أنه قتله، وقال الولي: قتلناه جميعًا لا تقبل شهادتهما، والفرق أن الولي صدق المقر والمشهود في أحدهما وكذبهم في الآخر وتكذيب المقر له المقر في بعض ما أقر به لا يبطل إقراره وتكذيب المشهود له الشهود يبطل شهادتهم؛ لأن تكذيبهم يوجب تفسيقهم والفسق يمنع الشهادة ولا يمنع الإقرار.

كتاب الديات

تحتاج إلى معرفة: وجوب الدية، وسبب وجوبها، وتفسيرها، وركنها، وشرطها، وحكمها.

أما شريعة وجوبها: فلقوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَىٰٓ أَهْلِهِۦٓ﴾ [النساء: ٩٢] ولقوله صلى الله عليه وسلم: "**في نفس مؤمنة مائة من الإبل**"[١] أي بقتل نفس مؤمنة يجب مائة من الإبل؛ لأن كلمة في للطرف حقيقة وللسببية مجازًا فحملناه على السببية هذا كي لا يعرى عن الفائدة[٢].

وأما سبب وجوبها: فقتل الخطإ؛ لأن الآدمي لما خلق في الأصل معصوم النفس محقون الدم مصونًا عن الهدم فيجب صون دمه عن الهدر، ولهذا قال عليه السلام: "**لا يترك الإسلام دم مفرج**"[٣] أي مهدر وقد تعذر إيجاب القصاص لعذر الخطأ فأوجبنا الدية بمقابلته صونا له عن الهدر وتعظيما لأمر الآدمي ودفعا للوحشة عن أولياء القتيل بإطفاء ثائرة القتل صلة مبتدأة لا ضمانا عن الآدمي جائزا مستدركا للفائت؛ لأن المال لا يصلح ضمانًا للآدمي؛ لأن جميع الدنيا لا توازي حياة ساعة فكيف بقليل منها.

---

(١) أخرجه النسائي (٨/٥٧ - ٥٨)، وابن خزيمة (٤/١٩) (٢٢٦٩)، وابن حبان (١٤/٥٠١ - ٥١٤) (٦٥٥٩)، والحاكم (١/٥٥٢ - ٥٥٤)، والبيهقي (١/٨٧ - ٨٨، ٤/٨٩ - ٩٠)، أبو داود في "المراسيل" (٢٥٩)، ومالك في الموطإ (٢/٨٤٩)، والدارقطني (١/١٢١ - ١٢٢)، والدارمي (٢/٢٥٣).

(٢) انظر: الاختيار ٣٥/٥، والفواكه الدواني ٢٥٧/٢، والمهذب ١٩١/٢، ١٩٦، وكشاف القناع ٥/٦، والمغني لابن قدامة ٥٥٨/٧.

(٣) أورده ابن الأثير في النهاية نقلا عن الهروي بلفظ "العقل على المسلمين عامة، فلا يترك في الإسلام دم مفرج" ولم يصرح بأنه حديث نبوي. وأخرج عبد الرزاق عن علي رضي الله عنه أنه قال: "أيما قتيل بفلاة من الأرض فديته من بيت المال" (النهاية لابن الأثير ٤٢٣/٣ ط. عيسى الحلبي، وكنز العمال ١٤٣/١٥ نشر مكتبة التراث الإسلامي).

وأما تفسيرها: فالدية عبارة عما يؤدى وقد صار هذا الاسم علمًا شرعًا على بدل النفوس دون ضمان سائر المتلفات، وإن كان معنى اللفظ يشتمل الكل.

وأما ركنها: فالأداء أو الإيتاء.

وأما شرطها: فكون المقتول معصومًا متقومًا، أي: خطيرًا معصومًا بعصمة الدار أو منعة الإسلام حتى لو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا فقتل لا تجب الدية؛ لأن دمه معصوم بعصمة مؤثمة غير معصوم بعصمة مقومة وهي العصمة الثابتة بالدار لما بينا في السير.

وأما حكمها: فتمحيص ذنب التقصير ومحو الإثم والوزر بالتكفير، والله أعلم.

(باب معرفة مقادير الديات وأروش الجنايات)

(المبسوط): يحتاج إلى إثبات بيان كيفية وجوب الدية، ومقدارها، وكيفية مقدارها.

أما كيفية وجوب الدية: ففي نفس الحر تجب دية كاملة يستوي فيه الصغير والكبير والوضيع والشريف والمسلم والذمي.

وقال الشافعي: دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف وفي المجوسي ثمانمائة.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي "**أن النبي عليه السلام قضى في دية المستأمنين اللّذين قتلهما عمرو بن أمية الضمري بدية حرين مسلمين**".

وعن الزهري أنه قال: قضى أبو بكر وعمر في دية الذمي بمثل دية المسلم، ولأنهما يستويان في العصمة والحرية وكمال الحالة فيما يرجع إلى الأحكام الدنياوية، ولهذا قال علي رضي الله عنه: إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا ونقيضة الكفر تؤثر في الأحكام العقباوية فيستويان في الدية ودية المرأة في نفسها وما دونها نصف دية الرجل بالآثار المشهورة وعليه إجماع الصحابة ولنقصان حالها في المنافع والحرمة وانحطاط رتبتها بالأمومة وجب بنصف بدلها عن بدل الرجل قياسا على الميراث والشهادة.

وقال مالك والشافعي في أحد قوليه: بأن عقلها في النفس هو ثلث الدية وفيما

دون الثلث مثل عقل الرجل وفيما زاد على الثلث فعلى النصيب من عقل الرجل وهو قول زيد بن ثابت وهذا قول مهجور مخالف لقول جمهور الصحابة رضي الله عنهم حتى رُوي عن ربيعة الرأي أنه دخل على سعيد بن المسيب وكان يعتقد مذهب زيد في هذه المسألة فقال له ربيعة ما تقول فيمن قطع إصبع امرأة؟ فقال: فيها عشرة من الإبل فقال: إن قطع إصبعين قال: عشرون من الإبل قال، فإن قطع ثلاثة أصابع قال ثلاثون قال، فإن قطع أربعة أصابع قال عشرون من الإبل كما أنه زاد على الثلاثة فقال له ربيعة مهما عظمت مصيبتها واشتد جزعها وألمها قل عقلها فقال سعيد أأعرابي أنت؟ قال لا بل عالم مثبت وجاهل مسترشد فقال سعيد هكذا السنة يا ابنَ أخي وهذا مما تأباه العقول السليمة والفطنة المستقيمة أنه متى كبرت الجناية وعظمت الجريمة يقل عقلها وغرامتها بل قضية العقول السليمة أن الجناية متى كثرت زاد عقلها ومتى قلت يقل عقلها، وإن كانت جناية ليس لها أرش مقدر والواجب فيها حكومة عدل. اختلف المشايخ فيه قيل يستوي الرجل والمرأة فيها؛ لأن تنصيف ما ليس بمقدر غير ممكن وقيل ينصف؛ لأن تقدير حكومة العدل فيما دون الموضحة معتبر بموضحتها لا بموضحة الرجل، فإن كان أرش موضحتها نصف أرش موضحته يجب نصف أرش موضحته يجب نصف أرش موضحتها، وإن كان ثلثا فثلث أرش موضحتها هكذا ذكره القدوري في كتابه.

وأما مقدارها: فالدية نوعان؛ مخففة ومغلظة.

فالمخففة: دية الخطأ وهي ثلاثة أصناف من الإبل والعين والورق، قال أبو حنيفة: من الإبل مائة ومن العين ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف وللقاتل الخيار يؤدي أي نوع شاء، وقال مالك والشافعي: من الدراهم اثنا عشر ألفًا والدراهم والدنانير بدل عن الإبل لا يجوز الأداء منهما مع القدرة على الإبل.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي عن عمر رضي الله عنه أنه جعل على أهل الإبل مائة من الإبل وعلى أهل الورق عشرة آلاف وعلى أهل الذهب ألف دينار والمقادير لا تعرف قياسا فصار المروي عنه كالمرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، وما رُوي أن عمر جعل الدية من الإبل مائة ومن الدراهم اثنا عشر يحتمل أنه كان في

وقت كانت الدراهم على وزن ستة ثم صار على وزن سبعة يقدر بما بينا ويحتمل أنه أوجب ذلك بطريق البدل عن الإبل فكانت القيمة كذلك على أن بين العلماء اختلاف فكان الأخذ بما قلنا أحوط وأوثق؛ لأنه أقل، فإنه ثابت بالإجماع وفي الزيادة شك.

وقال أبو يوسف ومحمد: ومن الحلل مائتا حلة إذا ورد ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة واحتجا بقصة عمر رضي الله عنه، فإنه قضى بهذه الأنواع بمحضر من الصحابة، وأبو حنيفة يقول بأن الأصل في ضمان العدوانات في غير المثل إيجاب الضمان من الدنانير والدراهم كما في سائر ضمان المتلفات إلا أنا تركنا هذا الأصل وجعلنا الإبل بدلا عن النفس لإجماع الناس ولا إجماع فيما تنازعنا فيه فرددناه إلى قضية القياس وقضية عمر رضي الله عنه محتملة يحتمل أنه جعل هذه الأشياء بدلا من الإبل والذهب والفضة باعتبار القيمة حالة العجز عنها فلا يكون حجة مع الاحتمال.

وأما كيفية الأسنان في الإبل ففي دية الخطإ خمسة أنواع عشرون بنت مخاض وعشرون ابن مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وهو قول ابن مسعود رضي الله عنه وقال الشافعي: خمسة وعشرون ابن لبون مكان ابن مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة، وهو قول علي رضي الله عنه. والأخذ بقول ابن مسعود أولى لما فيه تخفيف ومبنى الغرامات على التخفيف ولأنه أقل والأقل متيقن ولأنه ثابت بالأخبار كلها وما زاد على ذلك فالأخبار فيه متعارضة فلا تثبت الزيادة بالشك خصوصا في الغرامات.

وأما الدية المغلظة: فهي دية شبه العمد وهي أربعة أنواع: خمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون بنت مخاض وكذلك من الجذعات والحقاق وهذا قول ابن مسعود وبعض الصحابة وهو قولهما، وقال محمد والشافعي: ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون بين ثنية إلى بازل عامها كلها خلفة في بطونها أولادها وهذا قول عمر وبعض أصحابه والأخذ بقول ابن مسعود أحوط؛ لأن الصحابة لما اختلفوا في مقادير الأسنان كان الأخذ بأوسع المقادير وأخفها أحوط وأدق كما بينا.

(باب ما يجب بقطع عضو واحد دية كاملة)

(المبسوط): أصله: أن ما كان في بدن الإنسان واحدًا في أصل الخلقة وله منفعة كاملة وزينة تامة يجب بتفويته كمال الدية؛ لأنه تعلق بقيامه جنس منفعة تفويت تلك المنفعة بقطع ذلك العضو وتفويت جنس المنفعة كتفويت الحياة معنى؛ لأن قيام النفس معنى بقيام منافعها فتفويت جنس المنفعة إهلاكا للنفس معنى في حق تلك المنافع وما كان في يديه زوج وشفع وفي قطعهما تفويت منفعة على الكمال أو تفويت جمال على الكمال فيجب فيه كمال الدية؛ لأن منفعة النفس متعلقة بقيامها وتفوت بفواتهما فتعد النفس هالكة في حق تلك المنفعة والجمال في الحيوانات مقصود كالمنفعة، ولهذا تزداد قيمة المملوك بالجمال كما تزداد بالمنافع وتفويت منفعة الحسن إنما أوجب الدية تشريفا وتكريما للآدمي وسرقة بالجمال فوق سرقة بالمنافع فيتعلق به كمال الدية وكل ما كان في بدن الآدمي واحد يجب فيه دية كاملة وهي خمسة عشر العقل والسمع والبصر والأنف إذا استوعب والشم في رواية والمارن والذقن واللسان إذا قطع منه ما يذهب بالكلام وشعر الرأس والحاجب واللحية إذا حلق ولم ينبت والذكر إذا استوعب قطعه والصلب إذا كسر وانقطع الماء فيه حتى لا يترك واحد به فاحدودب ولم يمنع من الجماع، وإذا ضرب فَيَسْلَسُ بوله والدبر إذا طعن فلا يستمسك الغائط وفرج المرأة إذا قطع فصار بحال لا يستطاع أن يجامع فيه، أما العقل فلأن بذهابه منافع الأعضاء كلها، فإن أفعال المجنون تجري مجرى أفعال البهائم فكأنه ألفه كله وأما السمع والبصر فلأنه فوت جنس المنفعة على الكمال وهي منفعة الاستماع والاستعلام والبصر والاستفهام وأما الأنف فلأنه فوت جنس منفعة على الكمال وهي منفعة استمساك المخاط إن لم يفوت منفعة الشم أصلا وفوت جمالًا على الكمال كما قيل الجمال في الأنف والملاحة في العين وأما المارن فهو ما دون قصبة الأنف فلا يفوت جنس منفعة على الكمال وهي منفعة استمساك المخاط إن لم يفوت الجمال على الكمال وتفويت أحدهما كان لإيجاب الدية وأما اللسان فلأنه بقطع بعضه فوت النطق الذي به يتميز الآدمي من البهائم، فإن قطع بعضه إن منعه من الكلام ففيه دية كاملة؛ لأنه فوت جنس المنفعة والعبرة لتفويت جنس منفعة من الكلام ففيه دية كاملة؛ لأنه

فوت جنس المنفعة أو تفويت جمال لا لعين العضو، ألا ترى لو قطع لسان أخرس لا يجب الدية؛ لأنه لم يفوت جنس منفعة وإن منعه عن بعض الكلام قال بعض أصحابنا تجب الدية بقدر ما فات ومعرفة ذلك أنه يقسم على عدد الحروف المعجمة وهي ثمانية وعشرون حرفا، فإن أمكنه التكلم بنصف الحروف علم أن الفائت نصف الكلام فيجب نصف الدية وكذلك الثلث والربع وأصله ما روي أن رجلًا قطع طرف لسان رجل في ظرف زمن علي رضي الله عنه فأمره أن يقرأ حروف أ ب ت ث فكلما قرأ حرفا أسقط من الدية بقدر ذلك وما لم يقرأ أوجب من الدية بقدره وقال بعضهم تعبير الحروف المتعلقة باللسان سوى الحروف الشفهية والحلقية واللهواتية وهي اثنا عشر حرفا تبقى ستة عشر حرفا فامتد حل هذه الحروف في القسمة؛ لأنها تتعلق باللسان دون غيرها وقال بعضهم إن كان لا يتكلم بأكثر الحروف يجب دية كاملة، وإن كان يقدر أن يتكلم بعامة الحرف يمكنه أن يفهم الناس في أكثر الأمور إلا أن في الإفهام نوع نقصان يجب فيه حكومة عدل؛ لأن النقصان غير مقدر والأصح هو الأول؛ لأنه إن تهيأ إقامة بعض الحروف من غير اللسان، فإنه لا يتهيأ له إفهامه وتبيينه من غير لسان والمقصود من الكلام إنما هو الإفهام، ولهذا وجب الامتحان بجميع الحروف بالنطق باللسان، وأما شعر الرأس واللحية إذا حلقه فلم ينبت ففيه كمال الدية وعند مالك والشافعي تجب حكومة عدل.

والصحيح قولنا لما رُوي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب في اللحية وشعر الرأس إذا لم ينبت كمال الدية، والمقادير لا تعرف قياسا فصار كالمرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولأنه أزال جمالًا ظاهرًا على الكمال؛ لأن الجمال ما يزين الإنسان قيامه أو يشينه زواله وهذا الشعر يزين الرجل قيامه ويزينه زواله؛ لأن اللحية في حال الكبر جمال وزين وفي حال الصغر عار وشين، ولهذا كان الذقن بلا لحية في الجنة زينا؛ لأن أهل الجنة كلهم على طراوة الشباب والذقن في حالة الطراوة بلا لحية يزين وفي حالة الكبر وفوات الطراوة بلا لحية يشين، وكذلك شعر رأس ليس في الأحوال كلها جمال وزين، ولهذا ورد في حديث مشهور أن لله تعالى ملائكة يسبحون فيقولون سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالذوائب، وهذا معنى لو وجد في الإنسان زان، وإذا فُقِد شان ولنبته أوان فتجب فيه دية الإنسان قياسًا على

قلع الأسنان، وأما الذكر فلأن قطعه تفويت جنس منفعة وهي منفعة الوطء والإيلاد، وإن لم تفت منفعة البول على الكمال وكذلك في قطع الحشفة كقطع الذكر، وكما لو قطع بعض لسانه ومنعه عن الكلام أصلا، وأما الصلب إذا كسر فلأنه فوت جنس منفعة وهي الجماع أو جمالًا على الكمال بالأخذ بذات وهي حال الاعتدال والاستواء، وإن لم يجذبه ولم يمنعه من الجماع إن بقي للجراحة أثر ففيه حكومة عدل لما سيأتي، وأما الدبر وفرج المرأة وسلس بوله بالضرب فلأنه فوت جنس منفعة على الكمال وهي منفعة استمساك الطعام والبول والوطء والإيلاد.

(باب ما يجب بقطع العضوين دية كاملة)

(المبسوط): ذكر ما كان من البدن زوجًا ففي إتلافهما الدية وفي أحدهما نصف الدية وهي عشرة: الأذنان، والعينان، واللسان، واللّحيان والإليتان إن استؤصل لحمهما بحيث لم يبق على عظم الورك لحم، والأنثيان، والشفتان، والحاجبان، واليدان، والرجلان، وسمع الأذنين، وثدي المرأة، وكذلك في حلمتهما دية كاملة، فإن قطع منهما أقل من ذلك ففيه حكومة عدل.

أما الأذنان ففيهما الدية. وعند مالك حكومة عدل.

والصحيح قولنا، لما روى سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: **"في العينين الدية، وفي الأذنين الدية، وفي الرجلين الدية، وفي الأسنان الدية، وفي الشفتين الدية"**[(١)]. ولأن في قطعهما تفويت الجمال على الكمال؛ لأن فيهما

---

(١) أخرجه الدارمي (١٧٤٤ و١٧٥١ و١٧٥٨ و٢٤١٣ و٢٥٠٤ و٢٥٠٦ و٢٥١٧ و٢٥١٨ و٢٥١٩ و٢٥٢٤ و٢٥٢٦ و٢٥٢٨) مقطعا. و«أبو داود» في «المراسيل» (٢٥٩). والنسائي ٥٧/٨، وفي «الكبرى» (٧٠٢٩) قال: أخبرنا عمرو بن منصور. و«ابن حبان» (٦٥٥٩) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، وأبو يعلى، وحامد بن محمد بن شعيب، في آخرين. ستتهم: (الدارمي، عبد الله بن عبد الرحمن، وأبو داود السجستاني، وعمرو بن منصور، والحسن بن سفيان، وأبو يعلى الموصلي، وحامد بن محمد) عن الحكم بن موسى، قال: حدثنا يحيى بن حمزة، عن سليمان بن داود الخولاني، قال: حدثني الزهري، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، عن جده، فذكره.

جمالًا خاصة، ولهذا لا يرغبون في أمة ليس لها أذنان؛ لأنها تفتح في أعين الناس فائت الأذنين وتفويت الجمال على الكمال يوجب الدية على الكمال كما بينا.

وأما العينان ففيهما الدية سواء ذهب نور بصرهما دون الشحمة أو مع الشحمة؛ لأنه متى ذهب بصرهما فقد فاتت منفعة العين وتفويت المنفعة كتفويت العين كما لو ضرب على يد إنسان فشلت وجب نصف الدية كما لو قطعها. ثم ضمان العين على ثلاث مراتب: **إحداها**: أن يكون في إحداهما نصف الدية كالآدمي **والثانية**: أن يكون في إحداهما ربع القيمة كالبهائم التي تحمل على ظهرها، فإنه ذكر في الجامع الصغير لو فقأ عين برذون أو بغل أو حمار أو جزور عليه ربع قيمته وكذا في عين البقر الذي يعمل عليه وفيما لا يعمل عليه فعليه ما نقص **والثالثة**: أن يكون فيهما أو في إحداهما ما نقصه كالشاة والصبي والكلب والسنور والدجاجة وقد روي هذا الجواب والفتوى عن النبي صلى الله عليه وسلم، والفرق أن المنفعة المطلوبة من الشاة ونحوها الأكل لا العمل ومن الكلب والسنور الحراسة والاصطياد لا غير فلا يعتبر فيها إلا النقصان في هذه المنفعة وللدابة التي يعمل عليها منافع كبيرة سوى الأكل من حين الركوب والحمل عليها أو الحراثة بالبقر وإنما يأتي ذلك بالمشي والبصر فيكون نصف بدله بمقابلة عينيه؛ لأن يصف منفعتها يقوم بالعين وقد ذهب بفقء إحدى العينين ربع المنفعة فتجب ربع القيمة بخلاف ما إذا قطع إحدى قوائم الدابة يضمن جميع قيمتها؛ لأن ذلك تفويت منفعة استعمالها أصلا كالاستهلاك لها وفي إحدى العينين لا يفوت ذلك، وفي نوادر هشام: في غير الفصيلة أو الجحش في عين واحدة ربع القيمة وهو قول أبي حنيفة؛ لأن له عرضته أن يحمل عليه في الثاني وإن تعذر الحمل عليه في الحال لصغره، وقال أبو يوسف: عليه ما نقصه في جميع البهائم.

وأما اللحيان والإليتان فلأنه بقطعهما فوت جنس منفعة على الكمال وهي منفعة المضغ والجلوس ولم تعتبر الإلية تابعة للرجل؛ لأنه يتصور قطعها بدون الرجل.

وأما الأنثيان إن قطعهما مع الذكر من جانب واحد في حالة واحدة ففيهما ديتان؛ لأنه فوت منفعة كل واحد منهما على الكمال من إحداهما منفعة الإيلاج

ومن الآخر منفعة الإنزال والإيلاد، وكذلك إن قطع الذكر ثم الأنثيين ففيهما ديتان؛ لأن بعد قطع الذكر منفعة الأنثيين قائمة وهو إمساك المني، وإن قطع الأنثيين ثم الذكر ففي الأنثيين الدية لزوال منفعة الإيلاد وفي الذكر حكومة عدل؛ لأنه اختل منفعة الذكر بقطع الأنثيين أولا وهي الإيلاد فصار كقطع اليد الشلاء.

وأما الشفتان فلأنه فوت منفعتهما على الكمال وأزال الجمال على الكمال؛ لأن قطعهما يشينه ويفتح في أعين الناس أكثر ما يشينه قطع الأذنين فلما وجب في قطع الأذنين كمال الدية ففي قطع الشفتين أولى.

وأما اليدان والرجلان فلأن بقطعهما فوت جنس منفعة على الكمال وهي منفعة البطش والأخذ ومنفعة المشي والذهاب وسمع الأذنين قد ذكرناه.

وأما ثدي المرأة وحلمتهما فلأنه فوت جنس المنفعة وهي منفعة الإرضاع واللبن لا يستمسك في الثديين بعد فوات الحلمة فأزال جمالًا على الكمال بخلاف الرجل ففيهما حكومة عدل؛ لأنه لم يفوت جنس منفعة ولا فوت جمالًا على الكمال؛ لأن ثديي الرجل ليس لهما منفعة مخصوصة ولا جمال لهما على الكمال والصغيرة والكبيرة فيه سواء؛ لأن منفعة ثديي الصغيرة وهي الإرضاع إن كانت في الحال معدومة، ولكن في الثاني موهومة منتظرة متيقنة والثديين جمال ظاهر للنساء ومنفعة الجمال متحققة متيقنة للحال وإزالة الجمال على الكمال كان لإيجاب الدية من غير تفويت المنفعة كما في اللحية بخلاف ما لو قطع ذكر صغير لم يتحرك أو لسان صغير لم يتكلم ففيه حكومة عدل؛ لأن منفعة الوطء من ذكره والتكلم من لسانه مشكوك فيهما.

(باب دية الأصابع والأسنان والأظفار)

(المبسوط): وكل ما كان في بدن الإنسان عشر، ففي أحدهم عشر الدية وفي الجميع الدية كاملة كأصابع اليدين والرجلين ففي كل إصبع ألف درهم لقوله

عليه السلام: "فِي كُلِّ إِصْبَعٍ عَشْرٌ مِنَ الْإِبِلِ"(١).

وتنقسم دية الإصبع على مفاصلها بالتسوية؛ لأن المفاصل من الأصابع تجري مجرى الأصابع من الكف فيجب القسمة على عدد المفاصل، فإذا قطعت الكف وفيها إصبع أو أصبعان أو مفصل واحد من إصبع واحدة فعليه دية الإصبعين أو إصبع أو مفصل لا غير عند أبي حنيفة، وقالا: ينظر إلى دية الصغير وإلى أرش الكف بلا أصابع فيدخل الأقل في الأكثر ويجب الأكثر، وكذلك لو كان فيها إصبع واحدة، وإن كان فيها ثلاث أصابع وجب ثلاثة أخماس دية اليد لا غير اتفاقا.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٧٤٩٩ و١٧٧٠٢). وأحمد ١٧٨/٢ (٦٦٦٢) قال: حدثنا حسين بن محمد، وهاشم، يعني ابن القاسم. وفي (٦٦٦٣) قال: حدثنا حسين بن محمد. وفي ١٨٢/٢ (٦٧١١) قال: حدثنا عبد الرزاق. وفي ١٨٣/٢ (٦٧١٦ و٦٧١٧ و٦٧١٨) قال: حدثنا أبو النضر، وعبد الصمد. وفي ١٨٣/٢ (٦٧١٩ و٦٧٢٤) قال: حدثنا أبو النضر. وفي ١٨٥/٢ (٦٧٤٢) قال: حدثنا عبد الصمد. وفي ١٨٦/٢ (٦٧٤٣) قال: حدثنا عبد الصمد، وحسين بن محمد. وفي ٢٢٤/٢ (٧٠٨٨ و٧٠٩٠ و٧٠٩١ و٧٠٩٢) قال: حدثنا أبو سعيد، مولى بني هاشم. و«ابن ماجه» (٢٦٢٦) قال: حدثنا محمود بن خالد الدمشقي، قال: حدثنا أبي. وفي (٢٦٣٠ و٢٦٤٧) قال: حدثنا إسحاق بن منصور المروزي، قال: حدثنا يزيد بن هارون. و«أبو داود» (٤٥٠٦) قال: حدثنا مسلم. وفي (٤٥٤١) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم (ح) وحدثنا هارون بن زيد بن أبي الزرقاء، قال: حدثنا أبي. وفي (٤٥٦٤) قال أبو داود: وجدت في كتابي: عن شيبان، ولم أسمعه منه، فحدثناه أبو بكر، صاحب لنا ثقة، قال: حدثنا شيبان. وفي (٤٥٦٥) قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، قال: حدثنا محمد بن بكار بن بلال العاملي. قال: وزادنا خليل، عن ابن راشد. و«الترمذي» (١٣٨٧) قال: حدثنا أحمد بن سعيد الدارمي، قال: أخبرنا حبان، وهو ابن هلال. و«النسائي» ٤٢/٨، وفي «الكبرى» (٦٩٧٦) قال: أخبرنا أحمد بن سليمان، قال: حدثنا يزيد بن هارون. وفي ٤٥/٨، وفي «الكبرى» (٦٩٨١) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا عبد الرحمن.

جميعهم: (عبد الرزاق، وحسين بن محمد، وأبو النضر هاشم بن القاسم، وعبد الصمد بن عبد الوارث، وأبو سعيد مولى بني هاشم، وعبد الرحمن بن عبد الله بن عبيد، وخالد بن يزيد والد محمود، ويزيد بن هارون، ومسلم بن إبراهيم، وزيد بن أبي الزرقاء، وشيبان بن فروخ، ومحمد بن بكار، وخليل، وحبان بن هلال، وعبد الرحمن بن مهدي) عن محمد بن راشد، عن سليمان بن موسى، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

لهما: أن الكف لا يمكن أن يجعل تبعا للإصبع والإصبعين فلأنه لا يقع به البطش فلا يستتبع الإصبع جميع الكف في الموجب بل يجعل الأقل تابعا للأكثر ويدخل الأقل في الأكثر مراعاة لصاحب الحق بخلاف ما لو كان أكثر الأصابع قائمًا؛ لأن ثمة يقع البطش والأخذ بكل الكف تبعًا للأصابع فيكون الكف تبعا للأصابع فلا يجب في الكف شيء.

له: أن الأصابع أصول والكف تابع لها حقيقة وحكما.

أما حكمًا، فلأن النبي عليه السلام جعل الدية بمقابلة الأصابع فقال: "**في كل إصبع عشرة من الإبل**" أما حقيقة، فلأن منفعة الكف هو البطش والقبض والبسط وهي قائمة بالأصابع، والأصل وإن قل فهو أولى بالاعتبار من التابع فلا يظهر حكم التبع مع قيام شيء من الأصل ولا ينظر فيه إلى القلة والكثرة؛ لأن الترجيح بالكثرة بعد المساواة في الأصالة والتبع لا يساوي الأصل في القوة ليترجح في الكثرة، فإذا قطعت الكف ولا أصابع عليها ففيها حكومة عدل؛ لأنه صار أصلا بنفسه وليس لها أرش مقدر. قطعت يده من الساعد أو من المرفق أو من الكتف كان فيها نصف الدية وحكومة عدل فيما بين الكف إلى الساعد أو إلى المرفق، وكذلك إذا قطع الرجل من الساق.

وقال أبو يوسف وزفر ومالك وسفيان الثوري: أنه لا يجب في الساعد والساق شيء؛ لأن الشرع أوجب في اليد الواحدة نصف الدية واسم اليد يتناول من رؤوس الأصابع إلى الإبط.

والصحيح قولنا؛ لأن الدية إنما تجب باعتبار تفويت منفعة البطش والمشي بدليل أنها تجب في اليد الباطشة ولا تجب في اليد اليابسة والشلاء ومعنى البطش يتعلق بالأصابع والكف دون الساعد والمرفق؛ لأن البطش يتحقق بالأصابع والكف بعين الأصابع في البطش فيكون الكف تبعا لها في البطش فلا يجب في الكف شيء مع الأصابع، فأما الساعد لا يحصل به البطش ولا يعين الأصابع في البطش فلا يكون تبعا لها فوجب اعتباره أصلا وليس لها أرش مقدر فيجب فيه الحكومة واليد متى ذكرت مقرونة بالقطع لها في الشرع يراد بها من رؤوس الأصابع إلى الرسغ

بدليل أنه لو قطع اليد من الرسغ لزمته نصف الدية بالإجماع، وإذا صار هذا القدر مرادا بالنص لا يبقى ما وراءه مرادا كاليد المذكورة في آية السرقة.

(فصل)

وفي كل سن خمس من الإبل، وهو المروي عن النبي عليه السلام فيزيد دية هذا الطرف على دية النفس بثلاثة أخماس الدية؛ لأن الأسنان اثنان وثلاثون سنا عشرون ضرسا وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربعة ضواحك فمتى وجب في كل سنة نصف عشر الدية يجب في كلها دية وثلاثة أخماس دية كل خمس عشرون من الإبل، فإن كان الرجل أثطًا يجب في أسنانه كلها دية وخمس دية؛ لأن سن الكوسج قالوا: يكون ثمانية وعشرون سنا، فإنه سئل أبو حنيفة رحمه الله عن امرأة قالت لزوجها: يا أثط، فقال الزوج: إن كنت أثطًا فامرأته طالق، قال أبو حنيفة يعد أسنانه، فإن كان ثمانية وعشرين فما هو أثط؛ لأنه ناقص بأربعة أسنان ودية أربعة أسنان خمس الدية ودية الأسنان مقدرة فيجب بقدر ما فوته مما بقي بدليل أنه لو لم يبق إلا سن واحد يجب بقلعه خمس الدية.

وإذا أخذ سنا فتحرك أخذ به انتظر به حولا؛ لأن المتحرك قد يشتد وقد يسقط في البالغ والصبي جميعا فوجب الاستيفاء حتى إذا اشتد لا يصير مستوفيا الأرش بغير حق.

وفي قلع السن ذكر القدوري في **(التجريد)**: أن في سن الصغير يستأنى؛ لأنه موهوم بنابه غالبا، وفي البالغ لا يستأنى؛ لأنه لا ينبت ثانيا غالبا بل يكون نادرا فلم يكن في الاستيناء فائدة، فإن اسودت السن من الضربة أو احمرت أو اخضرت ففيه الأرش كاملا؛ لأن فيه تفويت المنفعة والجمال على الكمال؛ لأن شين السن السوداء فوق شين سقوط السن.

وكذلك المنفعة لا تحصل به وهو المضغ، فإن اصفرت ففيها حكومة عدل.

وقال زفر: فيها أرش كامل؛ لأن الصفرة تؤثر في تفويت الجمال كالسواد.

لنا: أن الصفرة لا توجب تفويت المنفعة ولا تفويت الجمال على الكمال فإن

الصفرة لون ليس في أصل الخلقة؛ ولأن الصفرة قد تكون لون الأسنان في بعض الأسنان بخلاف الخضرة والسواد.

ولو اختلفا كان القول قول المضروب أنه اسودّ من ضربته؛ لأن الظاهر يشهد له؛ لأن التغير لا بد له من سبب ولم يظهر سبب آخر سوى ضربته وصار كمن جرح فلم يزل مريضا حتى قرب إلى الموت فالقول قول المجروح أنه يموت من جراحته.

ولو شجه موضحة فصار منقلة فاختلفا كان القول قول الضارب؛ لأن المضروب ادعى حدوث تغيير في الموضحة لم يكن وقت الضربة وأنكر الضارب ولأنه ادعى زيادة أرش لم تكن واجبة وقت الضربة وأنكر الضارب.

ولو قلع سن رجل خطأ فأنبتها مكانها غرم أرشها كاملا، وكذلك الأذن؛ لأنه لا يعود إلى حالتها الأولى في المنفعة والجمال والظاهر أن المقلوع لا ينبت ثانيا؛ لأنه لا يلتزق بالعصب والعروق فيكون وجود هذا النبات وعدمه بمنزلة، ألا ترى لو قلع أسنان هذا المقلوع ثانيا لا شيء عليه، ولو نبتت بنفسها لا يضمن شيئًا، وإن نبتت صحيحة، وإن نبتت سوداء فكمال الأرش، وإن نبتت على عيب فحكومة عدل، وقال الشافعي: إن نبتت صحيحة عليه الأرش.

والصحيح قولنا؛ لأن سن البالغ بعد القلع، وإن كان مما لا ينبت إلا نادرًا، والنادر لا عبرة به قبل وجوده حتى يستأنى فيه ولكن إذا وجد يجب اعتباره، فإذا نبت ثانيا كما كان فقد زال سبب الضمان قبل وجوده فيزول الضمان.

عن محمد: رجل قلع سن صبي أو حلق رأس امرأة فصالح الجاني أب الصبي أو المرأة على الدراهم ثم نبت السن والشعر، قال أبو حنيفة: تردّ الدراهم وهو قول محمد إلا أن محمدًا قال يعطيه منها قدر ما يداوي به، وكذلك إذا كسرت يده فجبرت فصالحه منها ثم صحت؛ لأن قدر ما يداوي مضمون عليه فيلزمه القدر وفي قلع الأظفار إذا لم تنبت، اختلف المشايخ فيه قيل: يجب كمال الدية؛ لأنه أزال جمالًا على الكمال وقيل لا تجب؛ لأن المقصود من الأظفار المنافع وهو البطش، فإنه لا يفوت بفوات الأظفار بل تبقى ما بقي الأصابع وما أزال جمالًا على الكمال؛ لأن جمال الأصابع قائم بباطن الأصابع.

وإن كان فائتًا بظاهر الأصابع فلم يفت جمال الإصبع ولا منفعتها بكمالها، وإذا نبت الظفر متغيرا أو اعوجّ ففيه حكومة عدل؛ لأنه ليس في الظفر أرش مقدر ولم يعد نباته ما فات فصار وجوده وعدمه بمنزلة.

(باب ما يجب بإزالة الشعر)

(المبسوط): وإذا حلق شعر الرأس واللحية فلم يثبت كمال الدية، وقد مر.

وإذا حلق نصف اللحية أو الرأس؛ قال بعض أصحابنا: يجب نصف الدية؛ لأنه ما أزال الجمال على الكمال؛ لأن الشين إنما يكمل بفوات الكل.

وقال بعضهم: يجب كمال الدية؛ لأن نصف اللحية لا تبقى زينة فتفوت الزينة بالكلية بفوات نصف اللحية ففيه كمال الدية كما في قطع الشارب وأما الشارب قيل يجب فيه كمال الدية؛ لأن فيه جمالًا خاصًا وقيل فيه حكومة عدل؛ لأنه تبع اللحية وهو الأصح ولا يشكل كما لو سلخ جلدة الوجه لا يجب كمال الدية وقد فوت جمالًا على الكمال؛ لأنه لا رواية فيه عن أصحابنا وعلى قول مذهبنا يجب أن يكون عليه كمال الدية.

وقال مشايخنا هذا إذا كانت اللحية وافرة يتجمل ويتزين بها، فإن لم تكن وافرة متصلة ففيها حكومة عدل؛ لأنها متى كانت غير متوافرة لا يقع بها الجمال على الكمال، وإن كانت على ذقنه شعرات يسيرة فلا شيء فيه، فإنه أزال عنه الشين ولم يزل عنه الزينة والجمال. وفي لحية العبد روايتان في رواية الأصل حكومة عدل، وهو الصحيح؛ لأن المقصود من العبد الخدمة لا الجمال؛ لأن لحية العبد جمال من حيث إنه آدمي نقصان من حيث إنه مال؛ لأنه مما يوجب نقصانا في المالية، فإنه يشترى غير الملتحي لحداثة سنه وطراوة شبابه بأكثر مما يشترى الملتحي فكان ناقصا في الجمال فلم يوجد إزالة الجمال على الكمال.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجب كمال القيمة؛ لأن الجمال في حقه مقصود أيضًا، وإن نبت مكانها أخرى مثل الأولى فلا شيء فيها كما في السن، فإن كانت الأولى سوداء فنبت مكانها بيضاء.

ذكر في (**النوادر**): أن عند أبي حنيفة في الحر لا يجب شيء وفي العبد حكومة عدل؛ لأن البياض في الشعر مما ينقص من قيمة العبد؛ لأن البياض في غير وقته عيب وشين.

(فصل)

وفي أشفار العين الدية وفي كل شفر من أشفارهما ربع الدية إذا لم يثبت؛ لأنه أزال جمالًا على الكمال كما في اللحية وشعر الرأس.

والأشفار أربعة فيجب في قطع إحداهن ربع الدية، وكذلك في قطع الجفن وفيه الشعر يجب ربع الدية؛ لأنه لما وجب الأشفار الدية فلأن يجب تقطع الجفون والأشفار أولى ثم لا يجب بالأشفار دية أخرى؛ لأن الأشفار تابعة للجفون؛ لأن قوامها بالجفون، وإذا وجبت دية الأصل لم يدخل البيع فيه كدية النفس متى وجبت لا يدخل الطرف فيه والإتباع في الديات خمسة: **إحداها**: الأشفار تابعة للجفون يعني الهدب، **والثاني**: الحلمة تابعة للثديين، **والثالث**: الحشفة تابعة للذكر، **والرابع**: المارن تبع للأنف، **والخامس**: الكف تبع للأصابع.

(**النوادر**): قال أبو حنيفة في (**المجرد**): في لحية الكوسج حكومة عدل، وذكر في الهاروني: لو حلق رأس رجل فقال كان أصلع فأجل سنة فلم تنبت عليه من الدية بقدر ما زعم الحالق أنه كان في رأسه من الشعر.

وكذلك اللحية لو حلقها وقال: كان كوسج لم يكن في عارضه شعر وكذلك في الحاجبين والأشفار كان القول قوله مع يمينه إلا أن يقيم المجني عليه البينة أنه كان صحيحا، وعن أبي يوسف فيمن حلق رأس إنسان أو لحيته يؤجل سنة.

ولو مات الرجل قبل الحول ولم ينبت الشعر لا شيء عليه في قول أبي حنيفة لاحتمال أنه كان ينبت في باقي الحول.

وقال أبو يوسف: فيه حكومة عدل أو لو نتف بعض لحية رجل، فإنه يستأتى به حولا، فإن التأمت لم يجب شيء، وإن لم تلتئم قسمت الدية على ما ذهب وعلى ما بقي فيجب على الجاني بحساب ذلك.

(باب معرفة الشجاج الموجبة للأرش والجراحات الموجبة للحكومة)

(المبسوط): نحتاج إلى معرفة الشجاج، وأحكامها.

أما الشجاج التي في الرأس والوجه أحد عشر:

أولها: الخارصة وهي التي تشق الجلد مأخوذ من قولهم خرص القصار الثوب إذا شقه من الدق ثم الدامعة وهي التي يخرج منها ما يشبه الدمع مأخوذ من دمع العين ولم يذكرها محمد؛ لأنه لا يبقى لها أثر في الغالب ثم الدامية وهي التي يخرج منها الدم ثم الباضعة وهي التي تبضع اللحم، ثم المتلاحمة، وعن محمد أنه جعل المتلاحمة قبل الباضعة خلافا لأبي يوسف.

وتفسيرها عند أبي يوسف التي تقشر الجلد وتجمع اللحم في موضع الجراحة ولا تقطعه مأخوذ من الاجتماع يقال التحم الجيشان إذا اجتمعوا، ثم السمحاق وهي التي تصل إلى جلدة رقيقة فوق العظم تسمى السمحاق، ثم الموضحة التي توضح اللحم عن العظم، ثم الهاشمة التي تكسر العظم، ثم المنقلة التي يخرج منها العظم؛ لأنها تكسر العظم وتنقله عن موضعه، ثم الآمَّة التي تصل إلى أمّ الرأس وهي الجلدة فوق الدماغ، ثم الجائفة التي تخرق الجلدة وتصل إلى الدماغ ولم يذكرها محمد؛ لأن الإنسان لا يعيش منها. فأما أحكامها: فإن كانت هذه الشجاج عمدًا ففي الموضحة القصاص بالإجماع؛ لأنه أمكن استيفاء القصاص فيها؛ لأنه لا يحتاج لاستيفاء القصاص إلى كسر العظم ولأن السكين يهيئ إلى العظم فيمتنع ولا يخاف منه الهلاك غالبًا فيجب القصاص لقوله تعالى: ﴿وَٱلۡجُرُوحَ قِصَاصٞۚ﴾ [المائدة: ٤٥].

وفيما عداها ذكر في (**الأصل**): أنه يجب القصاص في الموضحة وفيما قبلها ولا يجب فيما بعدها؛ لأنه أمكن اعتبار المساواة فيما قبلها؛ لأنه يمكن تقدير غور الجراحة بمسمار ثم تعمل حديدة بقدره وينفذ في اللحم إلى آخرها فيستوفي مثل ما فعل وفيما بعد الموضحة في الشجاج الأربعة تعذر اعتبار المساواة فيها؛ لأنها

مكسرة العظم لا يمكن اعتبار المساواة في الكسر ولأنه يخاف منه الهلاك فيتعذر استيفاء القصاص فلا يجب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة وذكر الكرخي عنه: أنه ليس في شيء من الشجاج القصاص إلا في الموضحة؛ لأنه ليس لهذه الشجاج أروش مقدرة وموجب هذه الشجاج لا تتحمله العاقلة في الخطإ فشابه من هذا الوجه المال والقصاص لا يجري في المال كما في أطراف العبيد، فإن كانت هذه الشجاج خطأ ففيما قبل الموضحة حكومة عدل؛ لأنه ليس لها أروش مقدرة.

وفي الموضحة خمس من الإبل، وفي الهاشمة عشر من الإبل، وفي المنقلة خمس عشرة، وفي الآمّة ثلث الدية، هكذا رُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كتب كتاب عمرو بن حزم حين بعثه إلى اليمن وذكر فيه: "**إن في النفس مائة من الإبل، وفي الأنف الدية، وفي الشفتين الدية، وفي اللسان الدية، وفي العينين الدية، وفي الصلب الدية، وفي الذكر الدية، وفي الأنثيين الدية، وفي الرجل نصف الدية، وفي الآمة ثلث الدية، وفي الجائفة ثلث الدية، وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل، وفي الموضحة خمس من الإبل**"(١).

وهكذا رواه عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه إلا أن في حديثه زيادة وهي: "**في الأذنين الدية، وفي اليدين الدية، وفي الرجلين الدية، وفي الهاشمة عشر من الإبل**" هذه الشجاج تختص بالرأس والوجه في مواضع العظم والجبهة والخدين والذقن واللحيتين من الوجه وفي الجراحات التي في غير الرأس والوجه ففيها حكومة عدل إذا أوضحت العظم أو كسرته إذا بقي لها أثر؛ لأن المقادير لا تعرف إلا سماعا وتوفيقا والنص أوجب أروشا مقدرة في الجراحات المختصة بالوجه

---

(١) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (٢٥٨) قال: حدثنا أبو هبيرة (ح) وحدثنا هارون بن محمد بن بكار، قال: حدثني أبي، وعمي. و«النسائي» ٨/٥٨، وفي «الكبرى» (٧٠٣٠) قال: أخبرنا الهيثم بن مروان بن الهيثم بن عمران العنسي، قال: حدثنا محمد بن بكار بن بلال.

ثلاثتهم: (أبو هبيرة، ومحمد بن بكار، وعم هارون بن محمد) عن يحيى بن حمزة، قال: حدثنا سليمان بن أرقم، قال: حدثني الزهري، عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم، عن أبيه، عن جده.

والرأس ولا يمكن إيجابها فيما سواهما بدلالة النص؛ لأن الشرع إنما أوجب الأرش للشين الحاصل بهذه الشجاج لا لعينها بدليل أنه إذا لم يبق لها أثر لا يجب شيء وإلحاق الشين بهذه الشجاج في الرأس والوجه يكون أكثر من إلحاق الشين في غيرها فلا يكن نظير ما ورد به النقص، وإن لم يبق للجراحة أثر فعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا شيء عليه، وعند محمد يلزمه قيمة ما أنفق عليه إلى أن برأ؛ لأنه بجنايته اضطر إلى الإنفاق على الجراحة خوفا من السراية وكان الزوال مضافا إلى جنايته تسببيا فقد أتلف هذا القدر من مال المجني عليه تسببيا فضمن كما لو شهدا بمال ثم رجعا. لهما: أنه كان مختارا في الإنفاق ولم يكن مضطرا فيه؛ لأن لحوق السراية لا يثبت الاضطرار؛ لأن السراية موهومة فلا يثبت الاضطرار بالوهم والارتياب فلم يصر مقوما لشيء من المال ولا من المنفعة والجمال فلا يضمن كما لو لطمه فآلمه.

(النوادر): رجل أصلع ذهب شعره من كبر فشجه إنسان موضحة متعمدًا قال محمد: لا يقتص وعليه الأرش؛ لأنه أقل من موضحة بحال الأصلع؛ لأن المساواة معتبرة في تناول الأطراف ولا مساواة؛ لأن الموضحة في أحدهما مؤثرة في الجلد واللحم وفي الآخرة مؤثرة في تفويت الشعر والجلد واللحم فيتعذر مراعاة المساواة بينهما أو صار كالصحيح اليد إذا قطع اليد الشلاء لا تقطع فكذا هذا.

وإن قال الشاج: رضيت أن يقتص مني ليس له ذلك؛ لأن الجناية إذا لم توجب القصاص لا يجب الاستيفاء بالرضاء فيكون ذلك ابتداء رضا بقطع الطرف، وإن كان الشاج أيضًا أصلع عليه القصاص؛ لأن اعتبار المساواة ممكن فصار كالشلاء إذا قطع يد الشلاء.

(باب ما يجب فيه حكومة العدل)

(المبسوط): يحتاج إلى معرفة حكومة عدل، وما يجب فيه.

أما معرفتها: قال الطحاوي ومشايخ بلخ: حكومة العدل أن يقوم المجني عليه لو كان عبدًا صحيحًا وتقوم به الشجة فما نقص بين القيمتين كان أرشها في شجة الحر من الدية.

قال مشايخنا: وهذا ضعيف؛ لأن جراحات العبد لا تشبه جراحات الحر؛ لأن الحر إذا شج موضحة صغيرة أو كبيرة تجب نصف عشر الدية في الحالين، وإذا شج المملوك موضحة صغيرة يجب فيها أقل مما يجب في الكبيرة.

وقال الكرخي: يؤخذ مقداره من الشجة التي لها أرش مقدر بالحزر والظن يحكم بذلك أهل البصر والعلم بالجراحات، والأصح أنه ينظر كم مقدار هذه الشجة من أقل شجة لها أرش مقدر، فإن كان مقداره نصف شجة لها أرش مقدر وجب نصف أرش تلك الشجة.

وإن كان ثلثا قبلت على هذا الاعتبار كانت في الموضحة خمس من الإبل، فإن كانت باضعة، فإنه ينظر كم مقدار الباضعة من الموضحة، فإن كان مقدارها منها ثلث الموضحة وجب ثلث أرش الموضحة وهو الأصح لحديث علي رضي الله عنه، فإنه اعتبر حكومة العدل في الذي قطع طرف لسان رجل لهذا الاعتبار ولم يعتبر بالعبد عشرون شيئًا يجب فيها حكومة عدل ذكر الخصي والعنين.

وعند الشافعي فيه كمال الدية.

أما إن ذكرهما ناقص المنفعة على سبيل التأبيد، فإنه لا يحصل منه الإيلاد؛ لأن من الخصي إن كان يتصور منه الإيلاج فلا يتصور منه الإنزال، ومن العنين لا يتصور منه الإيلاج والإيلاد؛ لأنه ما لم يشتد لا يدخل في الفرج ولا ينزل، وقد عدم الاشتداد فيه فلم يوجد تفويت منفعة الذكر على الكمال فلا تجب الدية على الكمال بخلاف ذكر المريض؛ لأن المرض يزول ساعة فساعة فلم تفت منفعة الإيلاج والإيلاد وقضاء الشهوة، وذكر الشيخ الكبير إذا لم يتحرك، وذكر الصبي إذا لم يتحرك، وإن كان يتحرك فقضاء الدية؛ لأن الوطء على الكمال مرجوّ منه في الثاني وقيام الآلة مع التحرك إذا كان كمال الوطء من حيث الإنزال والإيلاد مرجوًّا منه أقيم مقام كمال المنفعة كذكر المريض.

وذكر من فني ماؤه من كثرة الإنزال وفي الخصي والعنين الإيلاد والإنزال غير موجودين وإن لم يتحرك ذكره فمنفعته في الحال معدومة حقيقة وفي الثاني موهومة، وإن كان الظاهر منه السلامة ولكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق،

ومقطوعة الحشفة، ولسان الأخرس، ولسان الصبي الذي لا يتكلم بعد، والعين القائمة الذاهب منها نورها، والسن السوداء واليد الشلاء والرجل العرجاء أو الشلاء والإصبع الزائدة وقطع الكف من نصف الساعد، ففي الكف نصف الدية وفي الساعد حكومة عدل وفي الكف التي لا أصابع عليها والخارصة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق وما دون الموضحة وفي كسر كل عظم ولو ضرب الأذن فيبست وفي قلع الأظافر ولم تنبت.

(**وفي النوادر**): قال أبو حنيفة: لا شيء في سن الصبي الذي لم يسقط سنه؛ لأن سنه متعرضة للسقوط، فإذا نبتت فلم تفت عليه منفعة ولا زينة.

وقال أبو يوسف: فيه حكومة عدل لمكان الألم الحاصل.

وذكر في الهاروني: لو فقأ عين صبي صغير رضيع وزعم الفاقئ أنه لم ينظر بهذه العين أو قال لا أدري يبصر بها أو لا فعليه حكومة عدل والقول له إلا إذا شهد الشهود أنها كانت صحيحة لا يرون بها علة وأنه كان يطرف بها فعليه نصف الدية، ومعرفة ذهاب الضوء من العين أنه يقبل الشمس مفتوحة العين، فإن دمعت عينه علم أن الضوء باقٍ، وإن لم تدمع علم بذهاب الضوء وبصره.

وفي (**نوادر ابن رستم**): قال محمد: لو ضرب على أنف رجل حتى ذهب شمه ففيه حكومة عدل، وفي رواية أبي سليمان إذا ذهب شمه بالضرب وأقر الضارب بذلك ففيه الدية بمنزلة السمع.

وذكر الحسن: إن كان القاطع أخشم يعني أصغر لا يجد الريح كان المقطوع أنفه بالخيار إن شاء قطع أنفه الأخشم، وإن شاء ضمنه دية أنفه؛ لأن أنف المقطوع كان صحيحا لا عيب فيه، وفي أنف القاطع نقصان فيخير المقطوع أنفه.

رجل طعن رجلًا في أذنه فخرج من الأخرى قال محمد: فيه حكومة عدل وإن طعن في فيه فخرج من دماغه حتى نفذت قال محمد: من الفم إلى الدماغ فيه حكومة عدل؛ لأنه ليس فيه أرش مقدر ومن الدماغ إذا نفذت إلى الفرو ففيه ثلث الدية؛ لأن الطعنة إذا نفذت إلى الدماغ صارت آمة ولها أرش مقدر وهو ثلث الدية فوقع الاستيفاء عن حكومة عدل.

ولو رمى الزج[1] أو السهم في عينه وأنفذها في قفاه ففي عينه نصف الدية وفي الباقي حكومة عدل إذ أصاب الدماغ ونفذت فعليه في العين نصف الدية وقتها إلى أن تصل الدماغ حكومة عدل وفي الدماغ حتى ينفذ إلى الفرو أرش مقدر وكذلك إذا جمع بين ثلاث جنايات.

(باب ما يدخل الشجاج بعضها في بعض)

(المبسوط): أصله: أن الجنايات متى وقعت على عضو واحد وأتلفت شين وأرش أحدهما بأكثر مائة يدخل الأقل في الأكثر أصله الموضحة، فإن الموضحة متى كانت في الرأس لا بد من أن يتناثر الشعر مقدار الموضحة وبتناثر الشعر يوجب الأرش والنبي عليه السلام أوجب في الموضحة خمسًا من الإبل، ولم يوجب بتناثره شيئًا، فعلم أن أرش ما يتناثر من الشعر وهو أقل من أرش الموضحة دخل في أرش الموضحة.

وكذلك إن كانت الجناية على عضو واحد عمد أتلفت شيئين أحدهما يوجب القصاص والآخر يوجب المال، فإنه يجب المال أصله الخاطئ مع العامد متى اشتركا في قتل واحد يجب المال، وإن وقعت الجناية على عضوين أحدهما يوجب القود والآخر يوجب المال إن كان خطأ لا يدخل أرش الأقل في الأكثر؛ لأنه لم يمكن في معنى ما ورد به النقص فبقي على قضية القياس، وإن كان عمدًا يجب المال عند أبي حنيفة وعندهما القصاص لما أتى، ولو شجه موضحة فذهب شعر رأسه فلم ينبت غرم الدية يدخل فيها أرش الموضحة؛ لأن الجناية وقعت على عضو واحد؛ لأن الجناية وقعت على الرأس والشعر متصل بالرأس، ولو ذهب بعض الشعر دخل الأقل في الأكثر، وكذلك لو كانت الموضحة في الحاجب وقد تناثر شعر الحاجب، ولو ذهب سمعه أو بصره فلا يخلو إما إن كانت الشجة خطأ أو عمدًا، فإن كانت خطأ لا يدخل أرش الموضحة في دية السمع والبصر بل يجب كلاهما.

---

(١) زَجَّ الرُّمْحَ: جَعَلَ لَهُ زُجًّا، أَي حَدِيدَةً في أَسْفَلِهِ.

وروي عن أبي يوسف في (النوادر) أنه قال: يدخل أرش الشجة في دية السمع ولا يدخل في دية البصر؛ لأن محل السمع الأذنان، والأذنان من الرأس حكمًا؛ لقوله عليه السلام: "**الْأُذُنَانِ مِن الرَّأْسِ**"(١) فصارت الجناية واقعة على عضو واحد وأتلفت شيئين فيدخل الأقل في الأكثر بخلاف البصر؛ لأن العينين ليستا من الرأس حقيقة وحكما فالجناية وقعت على عضوين فلا يدخل الأقل في الأكثر.

وجه ظاهر الرواية: أن الجناية وقعت على عضوين؛ لأن الأذنين ليستا من الرأس حقيقة وحكما مطلقًا، ولكنهما جعلتا من الرأس في حق حكم واحد وهو جواز المسح عليهما بماء الرأس لا في حق جميع الأحكام حتى لو اقتصر على المسح على الأذنين لا يجزئه عن مسح الرأس فتبقى الأذنان مع الرأس عضوين مختلفين متباينين في حق الجناية فلا يدخل أرش أحدها في الآخر، وإن ذهب عقله بالشجة يدخل أرش الموضحة في دية العقل خلافا لزفر والشافعي والحسن؛ لأن الجناية وقعت على عضوين مختلفين ومحلين. قال: محل الشجة الرأس ومحل العقل الصدر فصار كالسمع والبصر.

والصحيح قولنا؛ لأن الجناية وقعت على عضو واحد معنى؛ لأن العقل، وإن كان نورًا أو جوهرًا مضيئًا في الصدر يبصر به الإنسان عواقب الأمور وحسن الأشياء وقبحها؛ لأن الدماغ كالفتيلة والزيت لهذا النور يتقوى بقوة الدماغ، ويخف ويضعف بقوة الدماغ وضعفه، ويزول ويذهب بفساد الدماغ. فكان العقل في الرأس بهذا الاعتبار لتعلقه بالدماغ بقاء وذهابا فكانت الجناية واقعة على عضو واحد وقد أتلفت شين فيدخل الأقل في الأكثر وطريق معرفة ذهاب السمع والشم والبصر والكلام يقينا وإحاطة: أما السمع فينادى في حالة الغفلة، فإن أجاب أو التفت إلى

(١) أخرجه أحمد ٢٥٨/٥ (٢٢٥٧٦) قال: حدثنا عفان. وفي ٢٦٤/٥ (٢٢٦٣٨) قال: حدثنا يونس. وفي ٢٦٨/٥ (٢٢٦٦٦) قال: حدثنا يحيى بن إسحاق. و«ابن ماجه» (٤٤٤) قال: حدثنا محمد بن زياد. و«أبو داود» (١٣٤) قال: حدثنا سليمان بن حرب (ح) وحدثنا مسدد، وقتيبة. و«الترمذي» (٣٧) قال: حدثنا قتيبة.

سبعتهم: (عفان، ويونس بن محمد، ويحيى، ومحمد بن زياد، وسليمان، ومسدد، وقتيبة) عن حماد بن زيد، عن سنان بن ربيعة، أبي ربيعة، صاحب السابري، عن شهر بن حوشب، فذكره.

ذلك علم أنه لم يفت سمعه وإنما تصامم، وإن لم يلتفت بسمعه علم أنه ذهب.

وحكي أن واحدا من القضاة جاءت إليه امرأة وادعت على رجل أنه ضرب على رأسها فذهب سمعها فكلمها القاضي فتصاممت فاشتغل القاضي بالحديث مع جلسائه وتركها حتى تغفلت، ثم قال لها: يا هذه استري عورتك، فتحركت وجعلت تلتفت يمينًا وشمالًا فعرف القاضي أنها كاذبة في دعواها.

وأما البصر، فإنه ينظر إليه أهل العلم، فإن قالوا بذهابه وجبت الدية وإن قالوا لا ندري تعتبر الدعوى والإنكار والقول قول الضارب؛ لأنه منكر.

وأما الشم فيختبر بالروائح الكريهة المتنتة، فإن ظهر فيه تغير علم أنه كاذب هذا كله إذا كان خطأ، وإن كانت الشجة موضحة عمدًا فذهب سمعه وبصره أو قطع إصبعا فشلت أخرى بجنبها أو قطعت اليمنى فشلت اليسرى تجب دية السمع والبصر ويجب أرش الإصبعين واليدين في ماله ولا يقتص عند أبي حنيفة.

وعندهما يقتص في الشجة والقطع ويغرم دية الأخرى في ماله، ولو شجه موضحة فصارت منقلة أو كسر بعض سنه فاسْودّ ما بقي أو قطع مفصلا فشل ما بقي ضمن الأرش عندهم ولا يقتص لهما أنهما جنايتان لاقتا محلين متباينين، فإن الفعل لا يعرف إلا بالأثر فيتعدد بتعدد الأثر، ألا ترى أن من رمى سهما إلى إنسان فأصابه ونفذت منه فأصاب آخر فإنه يجب القصاص للأول والدية للثاني، وكذا إذا قطع إصبعا فاضطربت السكين فأصاب إصبعا أخرى خطأ يقتص في الأولى ويجب الأرش في الثانية، وإذا صارت الجناية بمنزلة الجنايتين لم تتعد الشبهة من إحداهما إلى الأخرى.

له: أن السراية لا تفصل عن الجناية؛ لأن أثر الجناية لا ينفك عنها فيكون الفعل متحدًا له أثران في محلين في شخص واحد ويتصور سراية الجناية به إلى جميع البدن فيتصور سرايتها، فإذا لم يكن آخر الفعل موجبا للقصاص لا يكون أوله موجبا له بخلاف المستشهد بهما؛ لأن أحدهما ليس من سراية الآخر؛ لأنه لا يتصور سرايته للفعل من شخص إلى شخص، واختلف الفعل باختلاف المحلين في شخصين، ولو قطع إصبعا فسقطت أخرى إلى جنبها لم يجب القصاص فيهما عند

أبي حنيفة كما بينا، وعند أبي يوسف يجب في الأولى دون الثانية، وعند محمد وجب القصاص فيهما رواه ابن سماعة عنه؛ لأن سراية الفعل ينسب إلى الفعل ويجعل الفاعل مباشرًا للسراية؛ لأن حقيقة فعل العباد لا تزيد على هذا التقدير، وإذا جعل مباشرا للسراية صار مشاركا كما لو باشر إسقاطها كما لو سرى إلى النفس.

(باب وجوب الدية بالقتل بالمحاربة والمصادمة)

(المبسوط): وإذا اصطدم فارسان ضمن كل واحد منهما دية الآخر على عاقلته.

وكذا لو كانا رجلين يصطدمان ضمن كل واحد منهما دية الآخر.

وقال زفر والشافعي: ضمن كل واحد منهما نصف دية الآخر.

لهما: أن تلف كل واحد منهما تلف بفعله وبفعل صاحبه؛ لأن المصادمة مفاعلة والمفاعلة مشاركة في فعل الصدمة كالمقابلة وما يحصل بفعله هدر وما يحصل بفعل صاحبه معتبر فصار كما لو جرح كل واحد نفسه وصاحبه.

لنا: أن قتل كل واحد منهما مضاف إلى فعل صاحبه وحده لا إلى فعلهما؛ لأن الفعل بطريق التسبب لا يضاف إلى المسبب إذا اتصف بكونه تعديًا ومحظورًا وفعل كل واحد وهو المشي في الطريق مباح في حق نفسه محظور في حق صاحبه؛ لأن المشي في الطريق مباح فسقط اعتبار فعله لكونه مباحا في حقه فيضاف قتله كله إلى فعل صاحبه لكونه محظورا تعديا؛ لأن المشي في الطريق مقيد بشرط السلامة عن التلف وصار كالماشي مع الحافر، فإن التلف حصل بفعلهما وهو المشي والحفر، فإنه لولا المشي والحفر لما وقع فيه ومع هذا صار التلف مضافا إلى فعل الحافر؛ لأنه محظور لا إلى فعل نفسه وهو المشي؛ لأنه مباح بخلاف تلك المسألة؛ لأن كل واحد منهما محظور وكان كل واحد منهما متعديا فيه فأضيف التلف إلى فعلهما، ولو كانا عامدين في الاصطدام ضمن كل واحد نصف الدية؛ لأن فعل كل واحد محظور فأضيف التلف إلى فعلهما، وإن كان أحدهما عبدًا ضمن عاقلة الحر قيمة العبد فيأخذها ورثة الحر ويبطل حقهم في الدية فيما زاد على القيمة لأن كل واحد منهما صار قاتلا صاحبه فتعلق جناية العبدين برقبته، فلما مات فقد أخلف بدلا بقدر

قيمته؛ لأن قدر قيمته وجب على عاقلة الحر؛ لأن الحر صار قاتلا له خطأ فيقدّر ما أخلف بدلا لم يهدر الجناية وبقدر ما لم يخلف هدرت الجناية وصار كعبد قتل حرًا خطأ ثم قتل آخر العبد خطأ فورثه الحر يستوفي من الدية مقدار قيمة العبد من قاتله ويبطل الفصل فكذا هنا.

(**النوادر**): ذكر هشام في نوادره: لو أن رجلين مدًا حبلا فانقطع الحبل فسقطا وماتا إن سقطا على القفا فلا ضمان فيهما؛ لأن كل واحد منهما مات بقوة نفسه لا بقوة صاحبه وإن سقطا على الوجه فدية كل واحد على صاحبه؛ لأنه سقط بقوة صاحبه ومات من جذبه وجره وإن سقط أحدهما على القفا والآخر على الوجه هدر دم الذي سقط على القفا ووجب دية الذي سقط على الوجه على الآخر؛ لأنه مات بجذب صاحبه ولو قطع أجنبي الحبل حتى سقطا وماتا ضمن القاطع دية كل واحد منهما؛ لأنه بالقطع تسبب بإتلافهما وهو يتعدى فيه.

وفي (**نوادر ابن رستم**): في رجل سار على دابة فجاء رجل من خلفه فصدمه فعطبه الذي جاء من خلفه لا ضمان على المقدم، فإن عطب المقدم فالضمان على المؤخر، وكذا هذا في سفينتين دابتان عليهما راكبان استقبلتا فاصطدمتا فعطبت إحداهما فالضمان على الآخر ولا يشبه هذا الذي من خلفه.

وذكر الحسن قال أبو حنيفة: رجلان مدًا شجرة أو نخلة فوقعت عليهما فقتلتهما فعلى عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر، ولو قتلت أحدهما كان على الآخر نصف دية صاحبه، وإن كانوا خمسة نفر هدموا حائطا فوقع عليهم ومات واحد منهم كان على عواقل الأربعة أربعة أخماس ديته، وإن مات اثنان كان على عاقلة كل واحد من المقتولين خمس دية الآخر، وإن مات ثلاثة كان على عاقلة كل واحد من الباقين خمس دية كل واحد من المقتولين، وعلى عاقلة كل واحد من المقتولين خمس دية كل واحد من الذين قتلا معه، وإن مات ثلاثة كان على عاقلة الواحد الحي خمس دية كل واحد من المقتولين وعلى عاقلة كل واحد من المقتولين خمس دية كل واحد ممن قتل معه، فإن ماتوا جميعا كان على عاقلة كل واحد منهم خمس دية كل واحد من الأربعة المقتولين معه، ولو أراد إنسان أن يضرب آخر

بالسيف فأخذ إنسان السيف بيده فجذب صاحب السيف سيفه من يده فقطع بعض أصابعه قال محمد إن كانت من المفاصل عليه القود؛ لأنه عمد، وإن لم تكن من المفاصل عليه الدية. صبي في يد أبيه فجذبه إنسان من يد أبيه والأب يمسكه حتى مات قال أبو حنيفة: دية الصبي على الجاذب ويرث أبوه وإن جذباه حتى مات فالدية عليهما جميعا ولا يرث الأب؛ لأن في الأول التلف مضاف إلى الأجنبي الجاذب والتعدي جاء من قبله، والأب بالإمساك ما تعدى على الولد؛ لأنه أمسك ما كان حقا ثابتا له وفي الثاني التلف مضاف إليهما لوجود التعدي منهما وهو تجاذبهما فاستويا في الجناية ولا يرث الأب؛ لأنه قاتل. رجل عض ذراع رجل فجذبه من فيه حتى سقط بعض أسنان العاض وذهب بعض ذراع هذا.

قال أبو يوسف ومحمد: دية الأسنان هدر ويضمن العاض أرش الذراع بخلاف ما لو تشبث بثوب رجل فجذبه صاحب الثوب من يد المتشبث فتخرق الثوب ضمن المتشبث نصفه.

والفرق أن في الأول العاض جانٍ والجاذب دافع للجناية والإيذاء عن نفسه فكانت الجناية كلها مضافة إلى العاض وهذا كمن قصد أن يضرب آخر بالسيف فأخذ المضروب السيف وفي الثاني المتشبث بالثوب، وإن كان متعديا ولكن يجذبه مندفع بدون الجذب من صاحبه والتخرق إنما حصل بالتسبيب والجذب جميعا فأضيف إليه فسقط نصفه ووجب نصفه ولو جذب من ليس له الثوب ضمن جميع الخرق.

وكذلك رجل جلس على ثوب رجل وهو لا يعلم به فقام صاحب الثوب فانشق الثوب من جلوس هذا عليه يضمن الجالس نصف الشق؛ لأن الجالس متعد في التسبب وهو الجلوس عليه والشق حصل بقيامه وبجلوس القاعد عليه فأضيف التلف إليهما فصار كمن جلس في غير ملكه فسقط إنسان عليه ومات الأعلى ضمن الأسفل.

رجل أخذ بيد رجل فجذب الآخر يده من يده فانقلبت يده.

قال محمد: إن كان أخذ يده للمصافحة فلا شيء على الآخر.

وإن كان أخذها ليغمزها ضمن القابض اليد؛ لأن الأخذ للمصافحة مستحب شرعا فلم يصر متعديا والأخذ للغمز غير مطلق له شرعا فصار متعديا في التسبب.

(باب الأمر بالقتل)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: في أمر البالغ لغيره بالجناية.

والثاني: في أمر الصبي بالجناية.

(فصل)

أصله: أن الأمر بما لا يملكه الآمر إذا لم يعلم المأمور بفساد الأمر صحيح في حق الآمر والمأمور حتى يثبت للمأمور الرجوع على الآمر إذا لحقه غرم بما عمل له حتى لو أمر رجلًا أن يذبح له هذه الشاة وهي لجاره ولم يعلم المأمور بذلك، فإنه يصح الأمر في حقهما حتى إذا ضمن الذابح للجار قيمة الشاة يرجع بها على الآمر.

وإن علم المأمور بفساد الأمر بأن علم أن الشاة لغيره وهو حر بالغ يصح الأمر حتى لا يرجع بما لحقه من غرم؛ لأنه لم يصر عاملا للآمر، وإن كان المأمور صبيا يصح الأمر سواء كان عالما بفساد الأمر أو جاهلا به؛ لأنه لا يعلم فساد الأمر لنقصان عقله، فإنه لا يعرف الحل والحرمة ولئن علم لا يكون لعلمه عبرة؛ لأنه التحق بالمجنون فيما يضره.

(العيون): هشام عن محمد: رجل قال لغيره اقطع يدي فقطع يده فلا شيء عليه، ولو قال: اقتلني فقتله فعليه الدية في قولهم جميعا وروى الحسن عن أبي حنيفة لا شيء عليه، وقال زفر: عليه القصاص. لزفر أن القتل تفويت للحياة في حقنا وإذن العبد لا يعتبر فيما بعد الموت؛ لأن المستحق للقصاص الوارث لا الميت، وإذا لم يعتبر إذنه في حق الإباحة لم يعتبر في إسقاط القصاص بخلاف الطرف؛ لأن هو المستحق فيعمل إذنه فيما هو حقه، وجه رواية الحسن: أن المستحق في الفصلين هو الآمر كما قدمنا؛ لأن الإتلاف ورد على حقه إلا أن الطرف المستوفي هو الآمر وفي القصاص المستوفي هو الوارث بطريق الخلافة عنه، والإذن إذا وجد من

المستحق امتنع الوجوب سواء أباح الفعل أو لم يبح، فإن كل واحد منهما لا يباح له الإقدام على الفعل شرعا إذ الحظر والحرمة من حق الشرع والإذن إنما يعمل فيما يرجع إلى حقه وفي الطرف الإذن أثر في إسقاط حكم الفعل فكذا في النفس.

وجه ظاهر الرواية: أن الأطراف يجري فيها البدل والإباحة حتى لو وقعت فيها أكلة أو اشتد فيها وجع يحل له قطعها، ولهذا يسلك بها مسلك الأموال فيسقط حكم الفعل بالبذل والإباحة فأما النفوس لا يجري فيها البذل والإباحة فلا يسقط حكم الفعل فيها بالأمر والإباحة إلا أنه يسقط القصاص لمكان الشبهة فيجب الدية لقيام العصمة والحرمة ولأن المستحق للقصاص في النفس هو الوارث دون الآمر كما بينا فلا يعمل إذن المقتول فيه والمستحق في الطرف هو الآمر فيعمل إذنه فيه.

(**الفتاوى**): لو قال بعتك ذمي بفلس أو بألف فقتله قال يقتص منه؛ لأن هذا البيع لا ينعقد على سبيل الشبهة فلا يورث بشبهة الملك والإباحة.

(**المبسوط**): أصله أن الصبي والعبد المحجور يؤاخذان بضمان الأفعال ولا يؤاخذان بضمان الأقوال؛ لأن القول مما يسوغ إلى صحيح وفاسد وصحته تتعلق بالمعرفة والتمييز فألحق عبارة الصبي ونطقه بالفاسد في حق التصرفات الضارة أو الدائرة بين الضرر والنفع، فأما الفعل صحته بوجوده لا بالمعرفة والتمييز ووجوده لضرورة من أهله في محله، فإذا وجد يجده وحقيقته يترتب عليه حكمه دفعًا للضرر عن المجني عليه، ولهذا يؤاخذ النائم بضمان الفعل ولا يؤاخذ بضمان القول. رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فالدية على عاقلة الصبي ويرجعون لها على عاقلة الآمر؛ لأن الصبي يؤاخذ بضمان الأفعال وقد صدر منه الفعل وهو القتل إلا أن الصبي في القتل كان عاملا للآمر؛ لأن الأمر من الآمر بالقتل قد صح؛ لأن الأمر من المكلف صحيح كما ثبت أو من عمل لغيره عملًا ولحقه ضمان وغرم في ذلك كان قرار الغرم على المعمول له؛ لأن فعل المأمور صار منقولا إلى الآمر فصار كأن الآمر فعله بنفسه وضمان هذه الجناية وإن وجب بالقول وهو الأمر إلا أنه وجب بسبب لا تهمة فيه؛ لأن الأمر بالقتل أنشأ تصرفا لا يحتمل الكذب وضمان جناية الخطإ متى وجب بسبب لا تهمة فيه يجب على العاقلة كما وجب بالفعل ولأن أمره إياه بالقتل بسبب هو عدوان؛ لأن الصبيان لا يتجاسرون على القتل إلا بحثّ الغير والحمل

إياهم لضعف قلوبهم وركود حواسهم والمسبب إذا كان متعديا في التسبب بمنزلة المباشر وجدت من الصبي فاعتبرنا مباشرته في حق حكم وهو وجوب الدية على عاقلته والتسبب وجد من الآمر فاعتبرناه في حق حكم آخر وهو رجوع عاقلة الصبي على عاقلة الآمر وهذا جائز كالوكيل يلزمه الثمن بمباشرته العقد ويثبت له حق الرجوع على الآمر بتسببه بالأمر فكذا هذا.

ولو أعطاه عصًا أو حديدة أو شيئًا من السلاح ليمسكه ولم يأمره بشيء فعطب الصبي به ضَمِن عاقلة الرجل ديته؛ لأن الدافع لما ناول الصبي سلاحا فقد صار مستعملا للصبي في عمل من أعماله بغير إذن وليه فصار جانيا متعديا في استعماله فما تولد من استعماله يكون مضمونا عليه، ألا ترى لو أمر صبيا ينفض له ثمرات الشجر فصعد فسقط فمات يضمن الآمر؛ لأنه استعمله في عمل من أعماله فكذا هذا. فعلى هذا لو قال له اصعد هذه الشجرة وانفض الثمار لنفسك فصعد فمات لم يضمن؛ لأنه لم يصر مستعملا للصبي في عمل من أعماله، ولأنه لما دفع السلاح إلى الصبي فقد تسبّب بإتلافه وهو متعدٍّ في هذا السبب، فإنه لا يمكن للصبي حفظ نفسه عن السلاح وعن الأشياء المتلفة غالبًا وظاهر النقصان عقله وقلة تمييزه فما تولد منه يكون مضمونا عليه فعلى هذا لو دفع إليه السلاح ولم يقل له أمسكه لي فعطب به يجب أن يضمن ولم يذكره محمد رحمه الله وإنما ذكر من قال للصبي اصعد هذه الشجرة وانفض الثمار فسقط فمات ضمن أيضًا؛ لأنه تسبب لإتلافه وهو متعد فيه، فإنه لا يمكن للصبي حفظ نفسه عن السقوط لقلة عقله وتمييزه، وإن قتل نفسه بذلك أو قتل غيره لم يضمن الآمر؛ لأنه تلف بسبب عمل آخر لم يستعمله الآمر في ذلك العمل وهو حفظ السلاح فصار، كما لو قال له اصعد هذه الشجرة وانفض الثمار فصعد شجرًا آخر فكذا هذا. الدافع استعمله في إمساك السلاح لا في قتل غيره ولأن الدافع مسبب والصبي مباشر والمسبب لا يضمن مع المباشر كالدافع مع الحافر، ولو غصب صبيًا حرًا فقتل عنده أو أصابه حجر أو نهشته حية أو افترسه سبع أو سقط من حائط ضمن ديته، وقال زفر والشافعي: لا يضمن، ولو قتل نفسه ومات لا يضمن بالإجماع.

لهما: أن الغصب في الحر لا يتحقق والإتلاف لم يوجد تسببا؛ لأن التلف ما حصل بأثر فعله وهو حصول الصبي في المكان الذي نقله إليه وإنما حصل التلف بأمر آخر حادث فصار كما لو وقع في البئر إنسان ثم وقع عليه آخر ومات من وقوع الثاني عليه لا يضمن الحافر فكذا هذا.

لنا: أن الإتلاف وجد تسببًا بالنقل إلى المسبعة أو مكان الصواعق والبوائق؛ لأن هذه الصواعق والبوائق التي حلت بالصبي مما لا تعم الأماكن كلها وإنما تحل في بعض الأماكن دون البعض فأمكن إضافة التلف بواسطة فعل آخر إلى أثر فعله وهو نقله، فإنه لولا نقله لما حلت هذه البوائق عليه ظاهرا بخلاف ما لو مات أو قتل نفسه؛ لأنه لا يمكن أن يضاف حدوث الموت إلى فعله؛ لأن الموت مما يحله وينزل به في الأماكن كلها والقتل بمنزلة الموت حتى لو كان في موضع يغلب فيه الحمى والأمراض والفجاءة والوباء ينبغي أن يضمن، ولو حمله على دابة ومثله يركب أولا بركت فسقط ضمنه؛ لأنه سبب كتلفه؛ لأن التلف اتصل بأثر فعله وهو الحمل بواسطة السقوط، فإنه لولا حمله لما سقط وتلف فصار التلف مضافا إلى فعله ولو أوطأ رجلًا في سيرها لم يضمن عاقلة الرجل ويضمن عاقلة الصبي إذا كان الصبي يستمسك على الدابة ويسيرها؛ لأن التلف حصل بفعله؛ لأن سير الدابة مضاف إلى راكبها متى أمكنه إمساكها وتسييرها، وإن كان الصبي لا يقدر بأن يستمسك الدابة فسارت فعطب رجل هدر دمه؛ لأنه بمنزلة الحمل والمتاع على الدابة فلا يكون التلف مضافا إلى فعل آخر؛ لأن الدابة سارت باختيارها لا بسير أحد وقس على هذا العبد والصغير.

(النوادر): قال أبو حنيفة رحمه الله: رجل أمر صبيا بقتل دابة إنسان أو شاته أو بخرق ثوبه أو بأكل طعامه ففعل فضمانه على الصبي في ماله ويرجع بذلك على الآمر؛ لأن أمر الحر البالغ بالإتلاف صحيح فصار مسيئًا للتلف، ولو أمر الصبي بالغًا بذلك ففعل لم يضمن الصبي، وكذلك أمر الرجلُ الرجلَ فالضمان على الفاعل لما بينا.

وفي رواية ابن سماعة: قال أبو حنيفة: لو أمر عبد مأذون صبيًا حرًا بتخريق ثوب أو أرسله في حاجة فعطب ضمن، ولو أمره بقتل إنسان لم يضمن آمره والفرق بينهما أن

المأذون لو أقر على نفسه بقتل الخطإ لا يؤخذ به في الحال فلم يلزمه الضمان بالأمر في الحال، ولو أقر على نفسه بتخريق الثوب ضمن في الحال فكذلك يلزمه الضمان بالأمر بالتخريق في الحال؛ لأنه مسبب له وهو غير محجور فيه.

(الفتاوى): ذكر ابن سماعة عن محمد: لو أن ختّانا ختن صبيا بأمر والده فجرت الحديدة فقطعت الحشفة كلها فمات الصبي فعلى عاقلة الختّان نصف الدية؛ لأنه مات عن شيء أحدهما مأذون فيه والآخر غير مأذون فيه، وإن عاش الصبي فعلى عاقلة الختان كمال الدية؛ لأنه خالف في قطع الحشفة وهذا كما رُوي أن عمر رضي الله عنه قضى على من صب الماء الحار على رأس رجل حتى ذهب سمعه وبصره وعقله وشعره بأربع ديات، ولو مات من ذلك لم تجب إلا دية واحدة، ولو قطع الوالدان الإصبع الزائدة من ولدهما لا يضمنان؛ لأنه إزالة شين وإذهاب عيب فإن قطعا غيرها ضمنا.

وعن محمد: لو اجتمع الصبيان والمجانين على رجل يريدون قتله وأخذ ماله ولا يقدر على دفعهم إلا بالقتل قال: ليس له أن يقتلهم، ولو قتلهم ضمن ديتهم هكذا قال المعلى: سألت محمدا عن المجنون أو المعير إذا قصد قتل إنسان فقتله فأجاب أنه ضامن.

(فصل)

ولو أمر الصبي الصبي أو البالغ بقتل إنسان فقتله فالدية على عاقلة القاتل ولا يرجع بها على عاقلة الآمر؛ لأن أمر الصبي بالجناية لم يصح في حق التزام الضمان إياه ولا على عاقلته؛ لأن الصبي غير منفك لِلحجر في ضمان الجناية فكان الصبي المأذون والمحجور في الأمر بالجناية سواء.

ولو كان الصبي أمر بالقتل عبدًا مأذونًا أو محجورًا أو صغيرًا أو كبيرًا فقتل وخير مولاه بدفع أو فداء رجع بقيمة عبده في مال الصبي؛ لأنه صار غاصبا لعبده بأمره؛ لأنه صار مستعملًا له وقول الصبي المأذون في حق وجوب الضمان بسبب الغصب ملزم كإقراره.

ولو أن مكاتبًا صغيرًا أمر حرًّا صغيرًا بقتل رجل فقتله فغرمت عاقلته الدية فالعاقلة ترجع على المكاتب بقدر قيمة رقبته؛ لأن المكاتب الصغير بمنزلة الحر الكبير؛ لأنه لم يبق للمولى عليه ولاية الحجر كالحر الكبير، ألا ترى أن المولى لا يملك تزويج المكاتبة الصغيرة بغير رضاها بخلاف الحر الصغير؛ لأن للمولى ولاية الحجر عليه، ولهذا يملك الولي تزويج الحرة الصغيرة المأذونة من غير رضاها.

(باب الأمر بقتل مورثه أو قتله بغير أمره)

[(المبسوط)][1]: ولو قال: اقتل ابني، أو اقطع يد ابني وهو صغير، أو قال: اقتل أخي وهو وارثه، فقتله، روى أبو يوسف ومحمد عن أبي حنيفة أنه قال: يقتص من القاتل قياسًا، وهو قول زفر ولا يقتص استحسانًا، وتجب الدية، وجه القياس: أن الوراثة إنما تتحقق بعد الموت فجاء له الإذن هو والأجانب سواء في بدل دمه فلا يعمل إذنه في الإباحة فلا تورث الشبهة.

وجه الاستحسان: أن للقريب استحقاق الإرث بحكم المال إن لم يكن له استحقاق بحكم الحال فأوقع شبهته في الحال لقيام سبب الاستحقاق في الحال وهو القرابة والشبهة كافية لدرء القصاص.

ولو قال: اقتل عبدي أو اقطع يده ففعل لا يضمن شيئًا؛ لأن المولى هو المستحق لبدن العبد وأطرافه وهو المستحق لبدل دمه بعد الموت فعمل إذنه فيه بدليل أنه لو فعل بنفسه لا يجب شيء.

هشام عن محمد في أخوين لأب وأم قتل أحدهما أباهما عمدًا ثم قتل الآخر أمهما، فإن الأول يقتل الثاني بالأم وسقط القصاص عن الأول ويغرم لورثة الثاني سبعة أثمان الدية؛ لأن المستحق لدم الأم قاتل الأب فله أن يقتل الثاني وورث أيضًا حصة الأم من دم نفسه وهو الثمن؛ لأنه ليس بقاتل لها فسقط ذلك القدر من دم نفسه فلا ينقل إلى الدية وهي حق القاتل للأم في سبعة أثمان الدية فبقي حق ورثته متعلقا به. مسلم رمى بالمنجنيق إلى حصن المشركين فأصاب حائط الحصن ثم

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): النوادر.

رجع فأصاب مورثه قال محمد: لا يرث وعليه الدية والكفارة، ولو وقع في الحصن فلا شيء عليه ويرث؛ لأن الرمي إلى من هو في الحصن مباح مطلقًا، وإن كان قريبه؛ لأنه لا يمكنه التحرز عنه والقتل المباح لا يوجب حرمان الميراث والرمي إلى الحصن وإلى من هو في صف المشركين مباح بشرط أن لا يصيب قريبه ولا يتعمده؛ لأنه أمكنه التحرز عنه فإذا رمى مباحا وأصاب محظورا فقد أخطأ وقتل الخطإ يوجب الدية والكفارة وحرمان الميراث.

وفي البرامكة فارسان اصطدما أحدهما يسير والآخر واقف وكذلك الماشي والواقف اصطدما فعلى الماشي والفارس الكفارة ولا يرثان ولا كفارة على الواقف ويرث.

وفي (**نوادر ابن سماعة رستم**) و(**المجرد**) والحسن: رجل ضرب ابنه تأديبًا فمات عليه الدية والكفارة في قول أبي حنيفة ولا يرث؛ لأن الضرب للتأديب مباح مقيد بشرط السلامة؛ لأنه أمكنه التحرز عن السراية في الجملة، ولو رمى مسلم مسلمًا في صف المشركين ولم يعلم به فقتله قال أبو حنيفة: لا دية ولا كفارة عليه ويرثه، وعند محمد لا يرثه؛ لأنه كقتل الخطإ وقد مرت في السير.

(باب الصلح على الدية)

(**المبسوط**): الصلح على الدية لا يخلو إما أن اصطلحا قبل القضاء أو بعده، وكل وجه لا يخلو إما أن اصطلحا على جنس من أجناس الدية أو على غيرها، وكل وجه لا يخلو إما أن اصطلحا على أكثر من الدية أو أقل فكان نسيئة أو يدًا بيد، فإن اصطلحا بعد القضاء على الدية أكثر منها لا يجوز وعلى أقل يجوز وكان في ثلاث سنين؛ لأن هذا صلح على أزيد من المال المقدر شرعا من الدية فيكون باطلا؛ لأن التقدير الشرعي يمنع الزيادة والنقصان وهذا التقدير لم يمنع النقصان؛ لأنه إسقاط لبعض حقه وأنه جائز فمتى لم يمنع الزيادة لا يظهر فائدة التقدير.

وإن اختلفا اصطلحا على خلاف جنس المقضي به يجوز كيف ما كان؛ لأن الصلح على خلاف جنس الحق معاوضة ومبادلة؛ لأنه لا يمكن أن يعتبر استيفاء

للبعض وإسقاطا للبعض فيجوز إلا إذا كان المصالح عليه نسيئة لا يجوز؛ لأن الافتراق وقع على دين بدين، فإن صالحه قبل القضاء على جنس من أجناسها أكثر لا يجوز، وإن كان يدًا بيد؛ لأنه لم يجب صنف من أصناف الدية فكان ما أخذه بالتراضي أحد الواجبات بعينها؛ لأن حقه يتعين بتراضيهما وأنه مقدر شرعا فلا يجوز الزيادة عليه.

وإن صالحه على غير أجناس الدية بأكثر جاز يدًا بيد؛ لأنه عن أي نوع يجعل بدلا عنه جاز إلا أنه إن كان نسيئة لا يجوز؛ لأن الافتراق حصل عن دين بدين فيكون بيع ما ليس عنده والله أعلم.

(باب الجناية في الطريق أو غيره)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: في الجناية في الطريق.

والثاني: في الجناية في ملك غيره.

(فصل)

ولو وضع حجرًا أو أخرج ميزانًا أو نحوه أو صبّ ماءً في الطريق ضمن الواضع ما تلف به؛ لأنه مسبب إلى التلف وهو متعدٍّ فيه؛ لأنه شغل طريق المسلمين أو هواءه بما ليس له حق الشغل.

ولو أحدث ذلك في طريق غير نافذ وهو من أهله إن كان من جملة السكنى كوضع المتاع وغيره لم يضمن، وإن لم يكن من جملة السكنى كوضع الحجر واللبن والخشب يضمن حصة شركائه؛ لأن الطريق إذا لم يكن نافذا فهو مملوك لأهل السكة مشترك بينهم فصار كالدار المشتركة، فإن عثر على ذلك رجل فوقع على آخر فمات فالضمان على الواضع لا على العاثر؛ لأن العاثر، وإن كان مسببا للإتلاف ولكنه غير متعدٍّ فيه والواضع متعدٍّ فيه والواضع متعدٍّ في التسبب، فإن نحّى رجل شيئًا من ذلك عن موضعه فعطب به إنسان ضمن من نحاه وبرئ من ألقاه من الضمان؛ لأن الثاني لما نحاه عن موضعه فقد زالت جناية الواضع؛ لأنه

زال أثر فعله وهو شغله ذلك الموضع وصار الناحي بالمنحي شاغلا مكان آخر غير ما شغله الواضع وكان هو الناحي، ولو كنس الطريق لم يضمن من عطب في موضع كنسه؛ لأنه بالكنس محسن بإماطة الأذى وليس بمتعدٍ إلا أن يكون جمع الكناسة في موضع من الطريق فتعقل به إنسان فيضمن؛ لأنه شغل الطريق من الأذى وكان متعديا فيه، ولو رش الطريق أو توضأ فيه ضمن ولم يفصل إنما يضمن الراش إذا مر المار على موضع الرش ولم يعلم به بأن كان ليلا أو أعمى فعثر به ومات؛ لأنه متعد في التسبب وإن علم المار بالرش والصب لا يضمن؛ لأن المار هو الذي خاطر بروحه لما تعمد المشي عليه فصار المار مباشرا للتلف فلا يضمن المسبب كمن حفر بئرا في الطريق فوثب إنسان من أحد الجانبين إلى الجانب الآخر فوقع فيها ومات لم يضمن الحافر؛ لأن الواثب مباشر لإتلاف نفسه والحافر مسبب فكذا هذا، وكذلك لو تعمد المرور على الحجر والخشب الموضوع فعثر به لا يضمن الواضع وقال بعض مشايخنا: هذا إذا رش بعض الطريق أو وضع الخشب والحجر في بعضه فأمّا إذا رش كل الطريق أو أحدث الخشب كله فمر عليه وعثر به ضمن الراش والواضع؛ لأنه مضطر في المرور على موضع الرش وعلى الخشب؛ لأنه لا يجد موضعا يابسا أو خاليا عن الخشب حتى يمر عليه، ولو أشرع جناحا من داره أو ميزابًا على الطريق ثم باعها لم يبرأ عن ضمانه؛ لأن الجناية وجدت من البائع وهو شغل هواء الطريق بما ليس له حق الشغل ولم يزل الشغل بالبيع فبقيت جنايته بعد جنايته بعد البيع، ولو سقط الميزاب فأصاب إنسانًا لا يخلو إما أن أصابه الطرف الداخل أو طرفه الخارج أو كلاهما أو لم يعلم أي الطرفين أصابه، فإن أصابه طرفه الداخلي لم يضمنه؛ لأنه غير متعدٍ في التسبب؛ لأن طرفه الداخل موضوع في ملكه وله أن يضع في ملكه ما شاء، وإن أصابه طرفه الخارج ضمن؛ لأنه متعد في التسبب؛ لأنه شغل هواء طريق المسلمين، وإن أصابه الطرفان ضمن نصف الدية، وكذلك إذا لم يعلم أي الطرفين أصابه استحسانًا لأنا تيقنّا أنه قتيل الميزاب إلا أنا جهلنا بإصابة أي الطرفين فيجعل كأنه أصابه الطرفان جميعا؛ لأن إضافة الموت إلى أحدهما ليس بأولى من الآخر فيضاف إليهما صونا لدمه عن الهدر كما في الغرق أو

الحرق وكما لو جرحه إنسان فافترسه سبع أو جرح نفسه وجرحه غيره ضمن نصف الدية فكذا هذا.

ولو استأجر فعله لاستخراج الجناح فسقط فأصاب إنسانا قبل فراغهم ضمن الفعلة وبعد فراغهم منه ضمن رب المال استحسانًا: وجه القياس أن الآمر أمر الفعلة ولا يملك بنفسه وقد علموا فساد الآمر فضمنوا ولا يرجعوا بما ضمنوا على الآمر كما لو استأجر رجلًا بذبح شاة جاره فذبح وهو يعلم به ضمن، وكذلك لو أمرهم بالبناء أو بحفر البئر في الطريق فوقع فيها إنسان ضمن الفعلة.

وجه الاستحسان: أن الأمر بإخراج الجناح قد صح؛ لأن بناء داره مملوك له من وجه من حيث إن له حق التصرف والانتفاع بفناء داره بإسقاط البلح وغيره بشرط السلامة فصار فعل العمل به مضافا إلى الآمر فصالحه فصار كأنه عمله بنفسه بخلاف ما قبل الفراغ من العمل؛ لأنه لما صح الأمر من حيث إنه يملك الانتفاع بفناء داره وإنما يحصل له المنفعة بعد الفراغ من العمل؛ لأن العمل لم يقع مسلما إليه فلم يصر كأنه فعله بنفسه وبخلاف ما لو أمرهم بالبناء في الطريق؛ لأنه لم يصح الأمر؛ لأنه لا يباح له الانتفاع بالطريق إلا من حيث المرور، ولو باع خشبة في الطريق فالضمان على البائع ما لم يحركها المشتري فينتقل الضمان إليه؛ لأن بالتحريك صار شاغلا في موضع آخر ولم يبق أثر الشغل الأول فلا يبقى أثر فعل البائع، ولو وضع جمرًا في الطريق فأحرق شيئًا ضمنه؛ لأنه متعدٍّ في التسبب فما تولد منه يكون مضمونا عليه كما في وضع الحجر، فإن حركته الريح فنقلته عن موضعه برئ الأول من الضمان؛ لأن جنايته باعتبار شغله ذلك الموضع وقد زال الشغل لما حركته الريح وصار كما لو وضع جمرًا فحوله إنسان من ذلك الموضع برئ الأول، ومن أوقف سبعًا في الطريق ضمن ما أتلف إذا كان مربوطا فأصاب قبل حل الرباط، فإن أصاب بعدما انحل الرباط وزال عن مكانه لم يضمن؛ لأنه زال سبب الضمان وهو شغل ذلك الموضع بالربط فيه بالتنحي عنه فذهبت جناية الرابط واضمحلت فأما قبيل انحلال الرباط الجناية قائمة وإن زال الشغل عن مكان الإتقان؛ لأن ربطه قائم فيجعل قيام ربطه كابتداء ربطه منه في هذا المكان المنتقل إليه، وكذلك لو طرح بعض الهوام على رجل فعقره يضمن، وكذا لو أشلى كلبًا عقورًا على رجل؛ لأن الطرح والإشلاء سبب للإتلاف غالبا وهو متعدٍّ في التسبب فيضمن.

(فصل)

مستأجر ربط دابته أو دابة ضيفه في الدار فوطئت إنسانا لم يضمن، ولو ربط رب الدار بغير إذن المستأجر يضمن؛ لأن ربط الدابة في الدار من مرافق السكنى ومرافق الدار ومنافعها صارت ملكا للمستأجر ولم يبق للآجر، ولهذا لو سرق الآجر من الدار المستأجرة يقطع؛ لأن بالإجارة باع المنفعة ولم يبق له، ولو كنس المستأجر البئر فألقى ترابها في الدار فعطب به إنسان لا يضمن، وإن لم يأذن الآجر؛ لأن وضع التراب في الدار من جملة الانتفاع والارتفاق بالدار فكان ذلك، ولو حفر المستأجر في الدار بئرا لنفسه فتلف فيها إنسان إن كان مأذونا في الحفرة لا يضمن وإلا يضمن؛ لأن الحفر تصرف في رقبة الدار وليس بانتفاع بالدار وبالإجارة لا يملك التصرف في رقبة الدار فمتى كان بغير إذنه يكون متعديا. رجل توضأ في دار بينه وبين غيره فزلق بوضوئه رجل لم يضمن؛ لأنه من أعمال السكنى؛ لأنه لا بد للساكن من الوضوء في الدار، ولو بنى فيها بناء أو أخرج جناحًا أو نحوه ضمن ورفع عنه قدر حصته؛ لأن إحداث البناء وإخراج الجناح ليس من جملة السكنى وما ليس من جملة السكنى لا يملك أحد الشريكين في الدار المشتركة إلا بإذن شريكه فكان متعديا فيما بنى في ملك شريكه.

(النوادر): ولو رش الماء في الطريق فجاء رجل بحمارين يقود أحدهما بيده وتبعه الآخر فزلق التابع وانكسرت رجله إن كان صاحب الحمار سائقا لهما لا ضمان على أحد، وإن كان غير سائق للثاني ضمن الراش؛ لأن بالسَّوق صار متعديا للمشي فصار مباشرا للتلف فلم يصر هو مضافا إلى التسبب وبدون السوق لم يصر مباشرا للتلف، قال أبو حنيفة: في رجل صب ماءً في الطريق فجمد فزلق به إنسان فعطب ثم ذاب وصار ماء فزلق به آخر فعطب، فإنه يضمن لهما جميعا؛ لأنه مسبب للتلف فيهما وإن رمى بجمد وثلج في الطريق فزلق به إنسان، قال محمد: إن كانت السكة نافذة ضمن، وإن كانت غير نافذة وفيها دور فرموا أصحاب الدور ثلجهم في السكة فزلق به إنسان أو دابة لا ضمان عليهم، قال الفقيه أبو الليث: يجب أن لا يجب الضمان، وإن كانت السكة نافذة؛ لأن فيه بلوى عامة وفي بلادهم لم تكن

بلوى عامة؛ لأنه نقل الثلج في بلادهم إلا أن جواب محمد صحيح؛ لأن البلوى وإن عم ما يبتغي أن يصير سببا لإسقاط ضمان الإتلاف بعدما انعقد سبب الضمان وهو التعدي في التسبب؛ لأن البلوى إنما صارت عذرا في حق إباحة الفعل في حق سقوط الضمان الذي هو حق الآدمي وصار كما إذا وقفت دابته في طريق نافذ فرمى بخشبة فتعثر بها إنسان ضمن، فإن كان له فيه بلوى فضرورة، ولو حفر بئرا على قارعة الطريق فألقى رجل فيها حجرًا فوقع رجل في البئر فأصابه الحجر الذي في البئر فمات فالدية على الحافر؛ لأن التلف حصل بالوقوع والوقوع بسبب الحفر لولاه لما وقع فكان الحافر مسببا للتلف، وبمثله لو وضع الحجر على الأرض على رأس البئر فتعقل به إنسان ووقع في البئر؛ فالدية على واضع الحجر؛ لأن بسبب وضعه وقع في البئر؛ لأنه لولا وضعه الحجر لما تعقل به المار ولما وقع في البئر وكان التلف بواسطة الوضع مضافا إلى فعله، ولو حفر حفيرة للغلة في دار إنسان بغير إذنه فوقع فيها حمار ومات فالضمان على الحافر؛ لأن حفره سبّب الوقوع فيها، ولو حفر بئرا فأرسل فيها رجلًا فغرق في الماء قال محمد: إن كان البئر عمقه أطول من الرجل ضمن الحافر؛ لأن الماء متى كان أطول من قامة الرجل يكون مغرقا مهلكا فكان الحافر والمرسل مسببا للتلف، فإن كان إلى صدر الرجل ولو وقع فيها الرجل يخرج لو لم يكن فيها الماء لم يضمن.

(**الفتاوى**): بلدة ذات ثلج كبير وربما يكثر الثلج وانطمست الطرق فألقى كل رجل إلى فناء داره أو بقرب داره حجرا فتعقل به إنسان، فإن فعل ذلك بإذن الإمام فلا ضمان عليه، وإن فعل بغير إذن الإمام قال أبو القاسم الصفار البلخي: القياس أن يجب الضمان؛ لأنه لا يجوز له ذلك.

(باب الحائط المائل)

(**المبسوط**): مال حائط في طريق نافذ أو دار رجل فلا يخلو إما أن بناه مائلا أو غير مائل ثم مال، فإن بناه مائلا إلى الطريق أو ملك غيره فهو ضامن لما عطب بسقوطه، وإن لم يطالب بنقضه؛ لأنه متعدٍّ بالبناء في هواء غيره وهواء طريق المسلمين حقهم أيضًا فما تولد منه يكون مضمونًا عليه، وإن بناه في ملكه غير مائل

ثم مال إلى الطريق أو ملك غيره، فإن لم يطالب بنقضه حتى يسقط لم يضمن ما أتلفه؛ لأنه محق في البناء وشغل هواء غيره بالميلان يحصل في يده بغير صنعه يكون في يده أمانة كثوب ألقته الريح في يده فما تولد منه لا يؤاخذ به، فإن طولب بنقضه وأشهد عليه ولم يهدمه ثم سقط في مدة أمكنه نقضه فيها ضمن ما أتلفه؛ لأن الهواء صار مشغولا بحائطه، فإذا طولب بتفريغه وأمكنه ذلك يجب عليه التفريغ، فإذا لم يفرغ مع الإمكان صار متعديا كالثوب إذا ألقته الريح في حجر إنسان فطلب صاحبه بالرد فلم يرد مع إمكانه يجب الضمان عليه فكذا هذا، وإذا لم يفرط في نقضه وذهب حتى استأجر من يهدمه فسقط فأفسد شيئًا لم يضمن؛ لأنه يجب عليه إزالة يده بالقدر الممكن، وإذا سقط ولم يرفع نقضه وترابه حتى تعقل به دابة فتلفت هل يضمن؟ رُوي عن محمد أنه يضمن وأنه يطالب بالرفع؛ لأن الطريق صار مشغولا بنقض جدارة وترابه فيجب عليه تفريغه، وإن لم يطالب به كما لو وضع حجرا أو لبنًا أو ترابا في الطريق فما تلف منه يكون مضمونا عليه، وإن لم يطالب به فكذا هذا.

وروي عن أبي يوسف أنه لا يضمن إلا إذا طولب بالتفريغ يجب عليه، فإذا لم يفعل صار متعديا كالثوب إذا ألقته الريح في حجره لا يكون متعديا ما لم يطالب بالرد، وإذا طولب ولم يرد يصير متعديا فكذا هذا.

ولو باع الدار خرج من ضمانه ويتقدم إلى المشتري؛ لأنه لا يملك نقضه بعد البيع فإنما ضمن النقض إذا تمكن من نقضه، فإذا لم يتمكن لم يضمن بخلاف ما لو أشرع جناحا إلى الطريق ثم باع الدار مع الجناح لم يبرأ عن الضمان؛ لأن نفس الوضع جناية وجنايته بعد البيع قائمة، أما هنا البناء في ملكه لم يكن متعديا وجناية وإنما يصير تعديا بترك النقض والهدم، فإذا لم يتمكن من النقض لم يكن الترك منه جناية، وإذا سقط إنسان من حائط مائل على إنسان وقتله فهو على خمسة أوجه: إما أن سقط عليه الرجل أو سقط عليه الحائط والرجل، أو أصابه الحائط دون الرجل، أو أصابه الرجل دون الحائط ولا يدري أيهما أصابه، وهو وجه لا يخلو: إما أن يقدم إلى صاحبه أو لم يتقدم، فإن سقط عليه الرجل وحده فمات المسقوط عليه

فالدية على عاقلة الساقط تقدم إلى صاحبه أو لم يتقدم؛ لأن الساقط باشر قبل السقوط؛ لأنه مات بفعله وصدمته.

وفي (**الفصول الأربعة**): أن يقدم إلى صاحبه فالضمان على صاحب الحائط؛ لأن الرجل مدفوع ومكره على السقوط، فإن الحائط هو الذي أسقطه ودفعه فيكون سقوط الرجل مضافا إلى الحائط المائل لا إلى الساقط فكان هذا قتيل الحائط وهذا كمن أخذ رجلًا وأسقطه على آخر كان القاتل هو الدافع فكذا هذا، والحائط المائل إذا أتلف شيئًا ضمن صاحبه، وإن لم يتقدم إلى صاحبه هدر دمه؛ لأنه قتيل الحائط ويهدر دم قتيل الحائط قبل التقدم إلى صاحبه.

ولو مات الساقط دون المسقوط عليه، فإن كان المسقوط عليه يمشي في الطريق هدر دم الساقط؛ لأن المسقوط عليه لم يباشر قتله، فإنه لم يتقبل نقله ولا فعله بالساقط ولكن سبب لقتله وهو غير متعدّ في هذا التسبب وهو المشي والمرور في الطريق.

وإن ماتا جميعا فدم الساقط هدر، ودم المسقوط عليه على عاقلة الساقط؛ لأن الساقط باشر قتل المسقوط عليه كما بينا، وإن كان المسقوط عليه واقفا ثمة فمات الساقط ضمن ديته؛ لأن المسقوط عليه سبب لقتل الساقط وهو صدمته ومصادفته وهو متعد في هذا التسبب؛ لأنه ليس له الوقوف في الطريق، وإن ماتا جميعًا فدية كل واحد منهما على عاقلة صاحبه؛ لأن الساقط مباشر لقتل المسقوط عليه والمسقوط عليه مسبب لقتل الساقط وهو متعدٍّ في هذا السبب.

(فصل)

والمعتبر عندنا المطالبة بالهدم، فأما الإشهاد لإثبات المطالبة عند الإنكار حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان، فإن لم يشهد عليه وإنما صار التقدم شرطًا للضمان لإجماع التابعين على ذلك. ثم إن كان الميلان إلى دار إنسان أو إلى سكة غير نافذة فالإشهاد إلى صاحب الدار وإلى واحد من أهل السكة؛ لأن الحق في الدار له، وإن كان فيها سكان فالإشهاد إليهم؛ لأن لهم مطالبته بتفريغ هواء الدار؛ ولأن للهواء حكم المنفعة ولهم مطالبته بإزالة يده عن الدار لو أثبت يده عليها فكذلك في الهواء.

وإن كان الميلان إلى طريق العامة فالإشهاد إلى كل من له حق المرور فيه المسلم والذمي فيه سواء؛ لأن الطريق للمرور والعبور والكل في حق المرور سواء وإنما يصح الإشهاد على مالك الحائط أو على من له ولاية النقض ولا يصح على من ليس له ولاية النقض وكان وجود الإشهاد وعدمه سواء.

وذكر في (**الجامع الصغير**) وهو من خواصه: حائط مائل بين خمسة رجال فشهدوا على أحدهم فسقط على إنسان فقتله ضمن المتقدم إليه خمس الدية، وكذا دار بين ثلاثة نفر فحفر أحدهم فيها بئرا أو بنى حائطًا بغير إذن صاحبه فعطب به إنسان فعليه ثلثا الدية وهذا عند أبي حنيفة.

وعندهما: عليه نصف الدية في المسلمين جميعا؛ لأن ما تلف بنصيب المتقدم عليه معتبر وما تلف بنصيب شريكه مهدر والجنايات متى اجتمعت بعضها معتبرة وبعضها مهدرة يجعل المهدر شيئًا واحدا كمن جرحه رجل ولدغته عقرب وسمته حية وعقره كلب فمات من ذلك يضمن الجارح نصف الدية فكذا هذا.

لأبي حنيفة: أن القتل إنما حصل بفعل مهدر أو بعمق مقدر لا بأصل الثقل والعمق، فإن الثقل والعمق اليسير لا يوجب التلف بحال ما والثقل والعمق المقدر هو ثقل حائطه وعمق بئره علة واحدة للتلف فيضاف الحكم إليها فيجب قسمة الضمان على مقدار الثقل والعمق وذلك على قدر الملك كمن استأجر دابة ليحمل عليها كر حنطة فحمل عليها كرًا ونصف فنفقت الدابة ضمن ثلث قيمة الدابة فكذا هذا إلا أنه لو أشهد عليهم جميعا ثم سقط الحائط على إنسان ومات ضمن كل واحد خمس الدية فيترك الإشهاد على البعض لا يزداد الواجب في حق من أشهد عليه وتفسير الإشهاد: أن يقول واحد له ولاية الطلب لصاحب الحائط إن حائطك مائل أو متصدع مخوف الانهدام فانقضه كي لا يسقط على إنسان، وإن لم تفعل تضمن؛ لأن صاحب الحائط غير جانٍ في البناء ولا في الميلان والتصدع إلا أنه لما صار شاغلا هواء غيره، فإذا طلب من له ولاية الطلب بالنقض وجب عليه التفريغ، فإذا لم يفرغ حتى سقط صار جانيا يوم السقوط ليصير ضامنا قيمة المتلف يوم السقوط وإنما يصح الإشهاد على مالك الحائط وعلى من له ولاية النقض كالأب والوصي في هدم الحائط الصغير ويلزمهما النقض ولا يصح على من ليس له ولاية النقض كالمرتهن والمستأجر والمستعير.

ولو تقدم إلى بعض الشركاء دون البعض ضمن حصته دون أصحابه؛ لأنه يقدر على نقض نصيبه بحكم الملك وله حق مطالبة الباقين بالنقض بأن يرفع الأمر إلى القاضي إن كانوا حضورا، وإن كانوا غيبا يأذن له بالنقض فيكون قادرا على نقض نصيبه بهذا الطريق فيلزمه، فإذا لم يفعل صار مفرّطا كما إذا تقدم إلى الراهن بالنقض يصح، وإن كان لا يقدر على نقضه إلا بقضاء الدين وافتكاك الرهن، وإذا تقدم إلى العبد التاجر في حائطه فضمان ما أتلف على عاقلة المولى، فإن أصاب متاعا فهو في عتق العبد؛ لأن العبد من أهل التزام ضمان المال بالإقرار والإتلاف فيلزمه وليس من أهل التزام ضمان النفس بالتقدم إليه؛ لأن ترك النقض بعد التقدم جناية حكمية لا حقيقية والعبد ليس من أهل التزام الجناية الحكمية بدليل أنه لا يلزمه العقل والقسامة بجناية غيره فاعتبر التقدم إلى العبد تقدمًا إلى المولى صيانة للدم عن الهدر؛ لأنه خصم في اكتسابه من جهة المولى؛ لأن الخصومة في اكتسابه من توابع تجارته فيملكها العبد بالإذن من جهة المولى، وإذا مال الحائط بعضه في دار رجل وبعضه في الطريق فيقدم إلى صاحبه برفع ما في الطريق فرفع ما في الطريق ضمن كله؛ لأن التقدم قد صح من أهل الطريق فيما كان مائلا إلى الطريق والتقدم في بعض الحائط متى صح كان تقدما في كله إذا كان الحائط بحيث لو سقط بعضه لا يسقط كله والتقدم في البعض لا يكون تقدما في الكل ويجعل بمنزله حائطين.

ولو كان حائطًا طويلًا وهَى بعضه ولم يَهِ ما بقي فتقدم إليه وهو بحيث لو سقط ما وهى لم يسقط ما لم يَهِ ضمن ما قبل الواهي؛ لأن التقدم يصح بقدر الواهي ولم يصح في غير الواهي وكان بمنزله حائطان أحدهما واهٍ والآخر غير واهٍ فتقدم إليهما بالنقض يصح في حق غير الواهي ولا يصح في حق الواهي فكذا هذا حائط أعلاه لرجل وأسفله للآخر فمال فتقدم إلى أحدهما ضمن المتقدم إليه نصف الدية إذا سقط كله، فإن سقط أعلاه وقد تقدم إليه ضمن صاحب العلو دون صاحب السفل؛ لأن القاتل تسبب إنما هو صاحب العلو لا صاحب السفل.

ولو أنكرت العاقلة أن تكون الدار ملكا لصاحبها فلا عقل عليهم حتى يشهدوا الشهود على ملك الدار؛ لأن الملك ثابت باعتبار الظاهر والظاهر لا يصلح حجة

للاستحقاق كما في الشفعة إذا أنكر المشتري كون الدار مملوكة له قال محمد رحمه الله: لا بد من أن يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم إليه في الحائط وأنه مات من سقوط الحائط وأن الدار له.

وإن مال الحائط إلى دار رجل فتقدم إليه فاستمهله صاحب الحائط فأجله صاحب الدار وأبرأه يصح؛ لأن الحق له فيملك إسقاطه، وإن مال إلى الطريق فأجله أو أبرأه يصح؛ لأن الحق له الذي تقدم إليه أو القاضي لا يصح؛ لأن هذا حق العامة فأبرأ الواحد بتأجيله يصح في حقه لا في حق الباقين. رجل أقام البينة على دار في يدي رجل وفيها حائط مائل يخاف سقوطه قبل تعديل الشهود قال يشهد على صاحب اليد ويؤمر بنقضه؛ لأن المدعِي ممنوع عنه، فإن نقضه صاحب اليد ثم زكيت البينة ضمن قيمة حائطه؛ لأنه أتلف بغير إذن مالكه. حائط مائل قد تقدم إلى صاحبه فانهدم ففرت منه دابته فقتلت رجلًا لا ضمان عليه إلا أن يسقط الحائط على إنسان أو دابة فقتلها هذا كمن وضع شيئًا في الطريق ففرت منه الدابة فلا ضمان على الواضع إن لم يصبها ذلك الشيء فكذا هذا.

(فصل)

وإذا أشهد على المكاتب في حائطه فلم ينقضه حتى سقط فلا يخلو إما أن سقط في حالة الكتابة أو بعد العتق أو بعدما عجز ورد في الرق، فإن سقط في حالة الكتابة فقتل إنسانا فعليه قيمة نفسه لولي القتيل؛ لأن سقوطه بمنزلة جنايته بيده وجناية العبد توجب تسليم الرقبة، فإذا عجز يجب الأقل من قيمته ومن أرش المجني عليه في كسبه كما هو في حكم جناية المكاتب.

وإن قتل إنسانا بعد العتق فديته على عاقلة مولاه؛ لأن يصير جانيا وقت السقوط ووقت السقوط هو حر، وإن قتل إنسانا بعد العجز فلا ضمان فيه على أحد؛ لأنه بعدما صار قنًّا لم يبق له ولاية التفريغ والإشهاد مطالبته بالتفريغ فإنما يصح على من يملك التفريغ ولا ضمان على المولى؛ لأنه لم يشهد عليه.

ولو أشرع جناحًا إلى الطريق ثم سقط بعد أن عتق كان الضمان في ماله؛ لأنه صار جانيا بإشراع الكنيف، فإنه شغل به طريق المسلمين وجناية المكاتب توجب

قيمة نفسه بخلاف الحائط إذا أشهد ثم عتق المعقود عليه؛ لأنه ما كان جانيا ببناء الحائط ولا بميلانه وإنما صار جانيا بترك التفريغ بعدما طولب بذلك وذلك إنما يظهر عند السقوط كما بينا، وإذا سقط حائط إنسان بعد الإشهاد فعثر إنسان بترابه فمات ضمنه صاحب الحائط، ولو عثر بهذا القتيل رجل فمات لم يضمن القتيل الثاني؛ لأن تفريغ الطريق عن التراب واجب عليه؛ لأنه ملكه وليس عليه تفريغ عين القتيل وإنما يجب ذلك على أولياء القتيل الثاني ولم يوجد الإشهاد عليهم، ولو كان مكان الحائط جناح ضمن القتيل الثاني أيضًا؛ لأنه بنفس وضع الجناح صار جانيا والوضع فعله فصار كأنه ألقاه بيده عليه فيكون حصول القتل في الطريق مضافا إلى فعله فيجب عليه تفريغ الطريق عنهما، فإذا لم يفرغ صار جانيا، وفي الحائط لم يوجد منه الفعل وإنما جعل كالفاعل بترك البعض فيظهر ذلك في حق القتيل الأول ولا يظهر في حق القتيل الثاني بفعله فلا يجب عليه تفريغ الطريق عن القتيل الثاني.

ألا ترى لو باع بعض الجناح ولم يرفعه حتى عثر به إنسان ضمن البائع وفي نقض الحائط بعد البيع لا يضمن، ولو سقط الحائط على حائط آخر لإنسان آخر فسقط الثاني على رجل فقتله ضمنه صاحب الحائط الأول، ولو عثر أحد بتراب الحائط الثاني فتلف لم يكن على أحد فيه ضمان؛ لأن في الأول جانٍ بترك التفريغ فجعله كأنه ألقاه بيده على الحائط الثاني فما تلف بسبب هذا السقوط يكون مضافا إليه كأنه باشره بيده، ألا ترى أنه ضامن قيمة الحائط الثاني لصاحبه وفي الثاني لم يصر جانيا بترك التفريغ؛ لأن التفريغ يصرف في ملك الغير وليس له ولاية التصرف في ملك الغير ولا ضمان على الثاني أيضًا؛ لأنه لم يوجد الإشهاد عليه، وكذلك لو كان الحائط لرجلين وقد أشهد عليهما فهذا حكمه؛ لأنه أشهد على الثاني مقصودا وهذا سقط حائطه تبعا لسقوط حائط الأول لا بنفسه فلم يكن السقوط على الوجه الذي أشهد عليه، ألا ترى فيما تقدم إذا أشهد عليه تبعا وسقط الحائط مقصودا إذا عثر به إنسان لا يضمن؛ لأن السقوط مقصودا غير السقوط تبعا فكذا هذا، وإذا نام عبد على الطريق فأعتقه مولاه ثم عثر به إنسان فعطب كانت ديته على عاقلة مولاه؛ لأن الجلوس والنوم في الطريق فعل مستدام، ألا ترى أنه تصرف فيه بالمدة يقال

جلس يوما ونام يوما فيكون استدامته بعد العتق له حكم الإنشاء فصار كما لو أنشأ القتل خطأ بعد العتق، ولو جلس العبد في الطريق فعثر هو فانكسرت رجله أو اندقت عنقه وصار بحال لا يقدر على أن يبرح من مكانه ذلك ثم أعتقه مولاه ثم عثر به إنسان فمات يضمن المولى قيمة العبد لورثة المقتول العاثر بالعبد؛ لأن الاستدامة بعد العتق إنما تجعل له حكم الإشهاد إذا كان يمكنه الترك والإنشاء وهنا لا يمكنه الترك فلم يبق مختارا بين إنشاء الفعل وتركه فلم يصر مستهينا للجناية بعد العتق فصار مسببا للجناية قبل العتق كالجلوس في الطريق؛ لأنه مباح مقيد بشرط السلامة عن العبرة الشاغلة للطريق، فإذا لم يسلم لم يكن مباحا وجناية العبد توجب على المولى الدفع أو الفداء وقد تعذر الدفع للمعتق وتعذر الفداء؛ لأنه لم يصر به مختارا للدية؛ لأنه ما كان عالما يعتريه فيجب عليه قيمته وهو بمنزلة حجر رمي به العبد في الطريق، ولو أوقف دابة على الطريق فعطب بها إنسان بعد عتقه فعلى المولى ضمانه؛ لأنه بإيقاف الدابة في الطريق صار جانيا، فإنه يحول بين المارة والمرور في ذلك المكان وبعد العتق لم يكن متمكنا من تحويل الدابة؛ لأنها ملك مولاه فلم يملك تحويلها بدون إذن المولى فاعتبرت حالة الإيقاف، وإذا أشهد على وصي الميت في حائط اليتيم فكبر الصبي ثم سقط فلا ضمان على أحد؛ لأنه زال تمكن الوصي من هدم الحائط ببلوغ الصبي فبطل حكم الإشهاد، كما لو باع الحائط والإشهاد على الوصي ليس بإشهاد على الصبي حقيقة بل هو بمنزلة الإشهاد عليه ما دام ولايته باقية وقد زالت الولاية بالبلوغ فبطل حكم الإشهاد في حق الصبي. [والله تعالى أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب][1].

(باب جناية الراكب)

(المبسوط): أصله: أن السير في ملك نفسه مباح مطلقًا وما تلف به تسبيًا لا يكون مضمونًا وما تلف به مباشرة بالوطء عليه يكون مضمونا عليه؛ لأنه غير متعدٍّ في التسبب والمتسبب إذا لم يكن متعديا لا يضمن والمباشر ضامن سواء كان

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

متعديا أو لا كالنائم إذا انقلب على مال إنسان حتى تلف والسير في الطريق مباح مقيد بشرط السلامة فما تولد من سيره مما يمكن الاحتراز عنه فهو مضمون وفيما لا يمكن الاحتراز عنه فليس بمضمون.

ثم المسائل على ثلاثة أقسام: أما إن كان راكبا في ملكه أو في ملك غيره أو في الطريق، فإن كان راكبا في ملكه والدابة تسير فما تولد من سيره لم يضمن إلا في وطء الدابة؛ لأنه تصرف في ملكه ولا يتقيد بشرط السلامة كما لو حفر في ملكه إلا أن وطء الدابة بمنزلة فعله فحصول الهلاك بثقله؛ لأن ثقله وثقل الدابة اتصل بالمتلف فكأنهما وطئاه جميعا والواطئ مباشر المتلف ضامن، وإن لم يكن متعديا فيها، ولهذا يجب على الراكب الكفارة، وإن كان راكبا في ملك غيره، فإنه يضمن ما جنت دابته كيف ما كانت واقفة أو سائرة وطئت أو نفحت أو كدمت؛ لأنه متعدٍّ في التسبب؛ لأنه ليس له إيقاف الدابة ولا يسيرها في ملك الغير والمسبب يضمن إذا كان متعديا، وإن كان راكبا في طريق المسلمين لا يخلو إما أن كانت الدابة واقفة أو سائرة، فإن كانت واقفة يضمن وطئت برجلها أو كدمت بفمها أو نفحت أو ضربت بذنبها وكذا ما عطب تبولها وروثها؛ لأنها بإيقاف الدابة على الطريق صار مسببا للتلف، فإنه متعدٍّ في هذا التسبب؛ لأنه ليس له شغل الطريق والوقوف؛ لأن الطريق للمرور والعبور لا للإيقاف والإيجاف والتحرز عن ذلك ممكن بالترك فصار مباحا مقيدا بشرط السلامة.

ولو أوقفها لتبول أو تروث فعطب إنسان بروثها أو بولها لم يضمن؛ لأن التحرز عن ذلك متعذر متعسر؛ لأن الدابة لا تروث ولا تبول إلا بعد الوقوف غالبا فجعل ذلك عفوا لئلا يكون فيه حرج، فأما الإيقاف لحاجة نفسه فالتحرز عنه ممكن بترك الإيقاف فيصير متعديا في التسبب إلى الإتلاف، وكذلك لو وقف بدابته على باب المسجد فهو بمنزلة الطريق؛ لأنه من جملته والسير مأذون في الطريق دون الوقوف والإيقاف، فإن جعل الإمام للمسلمين عند باب المسجد موضعا لوقوف دوابهم فما حدث من الوقوف غير مضمون؛ لأنه مأذون فيه ولكن لو ساق الدابة أو قادها لو سار فيه على الدابة ضمن؛ لأن الإذن في حق الوقوف لا يعتبر فبقي

السير على ما كان مقيدا بشرط السلامة وعلى هذا وقوف الدواب في سوق الخيل والدواب؛ لأن ذلك مأذون من جهة السلطان.

وكذلك الفلاة وطريق مكة إذا كان وقوف الدابة في غير المحجة في ناحية منه؛ لأن هذا مما لا يضر بالناس فلا يحتاج فيه إلى الإذن، وإن وقف في المحجة فهو كالوقوف في الطريق؛ لأن ذلك مما يضر بالناس، وإن كانت سائرة وهو راكب عليها أو قائدا أو سائقًا فأوطأت دابته برجلها أو بيدها أو كدمت بفمها أو صدمت بصدرها فهو ضامن؛ لأنه يمكنه التحرز والتحفظ عنه بإبعاد الدابة عن التلف وإبعاد المتلف وينحّيه عن الدابة؛ لأنه يكون في مرأى عينه وإن نفحت برجلها أو بذنبها لم يضمن خلافا للشافعي؛ لأنه لا يمكنه التحفظ والتحرز عنه؛ لأن النفحة تكون خلقة لا بين عينيه فلا يمكنه إبعاد الدابة عن المتلف ولا إبعاد المتلف عن الدابة فلم يصر متعديا في النفحة، وكذلك السائق والقائد؛ لأن سير الدابة مضاف إلى السائق والقائد كما يضاف إلى الراكب فلزمه الحفظ عما يمكنه التحفظ عنه ووضع عنه ما لا يمكنه التحرز والتحفظ عنه وأما السائق هل يضمن النفحة؟ قال مشايخ العراق وإليه ذهب القدوري: إنه يضمن؛ لأن النفحة تكون بين عيني السائق فيمكنه التحرر عنه بإبعاد المتلف عن الدابة.

وقال مشايخ خراسان: لا يضمن؛ لأنه لا يمكنه التحرز والتحفظ عنه، لأنه ليس على رجل الدابة شيء يمنع الدابة عن النفح بخلاف الكدم؛ لأنه يمكنه منع الدابة من الكدم بكبح اللجام متى أراد الكدم والرديف كالراكب؛ لأن السيرورة مضافة إليهما فحصل التلف بفعلهما وعلى الراكب الكفارة ولا كفارة على السائق والقائد؛ لأن ثقل الراكب على الدابة اتصل بالقتيل فصار مباشرًا للقتل بمنزلة الرامي وفعل السائق والقائد لم يتصل أثره بالقتيل بل فعلهما بسبب فالمسبب للقتل لا كفارة عليه كحافر البئر وواضع الحجر؛ لأن التسبب ليس بقتل حقيقة والدافع في البئر أو على الحجر الكفارة؛ لأنه مباشر للقتل.

قال محمد: الراكب والقائد والسائق سواء في الضمان قيل أراد به حالة الانفراد. فأما حالة الاجتماع لا يضمن السائق مع الراكب وما وطئت الدابة؛ لأن الراكب

مباشر والسائق والقائد مسبب، ولهذا وجبت الكفارة على الراكب دون السائق والقائد والمسبب لا يضمن مع المباشر كالحافر مع الدافع قال مشايخنا: هذا لا يصح؛ لأنه ذكر محمد بعد هذا الراكب إذا أمر بنخس الدابة فنخست فوطئت إنسانا فالضمان عليهما نصفان وعلل وقال؛ لأن الناخس سائق والآجر راكب فقد تبين أن الناخس والراكب في الضمان سواء وذلك أن الركوب والسوق كل واحد منهما عامل في الإتلاف حالة الانفراد والسبب إذا كان يعمل في الإتلاف بانفراده كالمباشرة يضاف التلف إليهما حالة الاجتماع إذ أحدهما ليس بأولى بأن يضاف التلف إليه من الآخر بخلاف الحافر مع الدافع؛ لأن الحفر لا يعمل في التلف إلا بالمباشرة وهي الدفع؛ لأن الحفر بانفراده لا يوجب التلف بحال ما إلا بالدفع والتسبب إذا كان لا يعمل في الإتلاف بدون المباشرة يضاف التلف إلى المباشرة وهو الدفع دون التسبب وهو الحفر.

وإن رمت بحوافرها فرمت أحجارا صغارا أو أثارت غبارا فأفسد متاعا لا يضمن؛ لأنه لا يمكنه التحرز عنه في الحجر الكبير يضمن؛ لأن ذلك لا يكون إلا بالعنف في السير فيمكن الاحتراز عنه فصار بالتقصير متعديا، وقيل: لو عنف على الدابة ضمن ذلك كله لتعديه، وكذلك لو راثت أو بالت أو سال لعابها لا يضمن.

ولو وقع لجام الدابة أو سرجها أو حملها على شيء آخر فقتله يضمن؛ لأنه يمكنه التحفظ والتحرز عن السقوط بأن يشده على الدابة وكان السقوط لتقصير منه في الشد وكان متعديا في التسبب كمن وضع حجرا على قارعة الطريق فتعقل به إنسان، وعلى هذا الجمال إذا سقط حمله على الطريق فأفسد منه شيئًا يضمن.

ولو نفرت الدابة أو انقلبت منه فما أصاب من فورها لم يضمن؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "**جُرْحُ الْعَجْمَاءِ جُبَارٌ**"(١)؛ لأنه لا صنع له في الانقلاب ولا يمكنه حفظ الدابة عنه.

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/١٦٠ (١٤٩٩) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي ٩/١٥ (٦٩١٢) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: حدثنا الليث. و«مسلم» ٥/١٢٧ (٤٤٨٥) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، ومحمد بن رمح، قالا: أخبرنا الليث (ح) وحدثنا قتيبة بن =

(النوادر): رجل شد دابته في الطريق ثم باعها وقال للمشتري: قد خليتك وإياها فاقبضها فهذا قبض؛ لأن التخلية هي التمكين من القبض وقد وجد، فإن جنت الدابة في وثاقها فالضمان على البائع، وإن زالت في وثاقها عن الموضع لم يبرإ البائع من الضمان؛ لأنه هو الذي جنى وتعدى بربط الدابة والمشتري ما صنع في الطريق شيئًا فلم يوجد بضمانه، وإذا أذن الرجل للرجل أن يدخل داره وهو راكب فدخلها فوطئت دابته على شيء يضمن، وإن كان قائدًا أو سائقًا لم يضمن؛ لأن الراكب مباشر للإتلاف والمباشر يضمن، وإن لم يكن متعديا والإتلاف لا يدخل تحت الإذن بالدخول فيضمن في الحالين والقائد والسائق مسبب للإتلاف وهو غير متعدٍّ فيه؛ لأنه مأذون بالدخول.

=

سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي ١٢٨/٥ (٤٤٨٦) قال: وحدثنا يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، وزهير بن حرب، وعبد الأعلى بن حماد، كلهم عن ابن عيينة (ح) وحدثنا محمد بن رافع، قال: حدثنا إسحاق، يعني ابن عيسى، قال: حدثنا مالك. و«ابن ماجه» (٢٥٠٩) قال: حدثنا محمد بن ميمون المكي، وهشام بن عمار، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٣٠٨٥ و٤٥٩٣) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (٦٤٢ و١٣٧٧م) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث بن سعد. و«النسائي» ٤٥/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٨٦) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. وفي ٤٥/٥، وفي «الكبرى» (٢٢٨٨ و٥٨٠٣) قال: أخبرنا قتيبة، عن مالك. وفي «الكبرى» (٥٨٠٢) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث. و«ابن خزيمة» (٢٣٢٦) قال: حدثنا عبد الله بن إسحاق الجوهري، قال: حدثنا أبو عاصم، عن مالك بن أنس. و«ابن حبان» (٦٠٠٥) قال: أخبرنا الحسين بن إدريس، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٦٠٠٦) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثني الليث بن سعد. وفي (٦٠٠٧) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا ليث.

خمستهم: (مالك بن أنس، ومعمر بن راشد، وعبد الملك بن عبد العزيز بن جريج، وسفيان بن عيينة، والليث بن سعد) عن ابن شهاب الزهري، عن سعيد بن المسيب، وأبي سلمة بن عبد الرحمن، فذكراه.

(باب جناية الناخس)

(**المبسوط**): وإذا نخس دابة راكب فقتلت رجلًا ضمن الناخس دون الراكب وذلك مروي عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما؛ لأنه بالنخس تسبب للتلف؛ لأن عادة الدابة النفحة والوثبة عند النخس والراكب مضطر في ذلك فسقط اختياره فيه وإنما يضاف سير الدابة إلى راكبها إذا كانت تسير باختياره وهنا لما انسلب اختياره وحصل اضطراره لم تصر سيرورة الدابة مضافة إلى الراكب فلم يصر متلفا فصار الناخس وحده مسببا للتلف فنزل الراكب من الناخس بمنزلة الماشي من الحافر وإنما يجب الضمان في فورها من النخسة؛ لأنها إذا سكنت من فورها انقطع أثر النخسة فلا يضاف التلف إليها، ولو قتلت الدابة الناخس فلا شيء كحافر البئر وقع في البئر، فإن أمره الراكب بالنخس لها يضمن الراكب إلا ما نفخت برجلها وهي تسير؛ لأنه صح الأمر؛ لأنه أمره بالتصرف في ملكه فصار الفعل مضافا إلى الآمر، ولو نخس الآمر بنفسه لاستخراج السير فنفحت إنسانا لا يضمن ويضمن في غير النفحة لما مر، ولو وطئت رجلًا فالضمان عليهما إن وطئت في فور النخس؛ لأن الموت حصل بثقل الراكب وفعل الناخس فيكون مضافا إليهما، ولو نفرت من حجر وضعه رجل على الطريق فالواضع بمنزلة الناخس؛ لأن الوضع تسبب لنفرة الدابة ووثبتها ونفحتها كالنخسة والله أعلم.

(باب جناية القطار)

(**المبسوط**): وقائد القطار في الطريق يضمن أوله وآخره؛ لأنه تسبب إلى التلف؛ لأن عليه ضبطه وصونه عن الوطء والصدمة والقطار، وإن كان عظيمًا لا يمكنه ضبط آخره إلا أنه من حقه أن يقود مقدار ما يمكنه ضبطه وصيانته عن الوطء والصدمة وزمام القطار متصل بعضها ببعض فينقاد الآخر بقيادة أولها فصار قائدا للكل، وإن كان معه سائق فالضمان عليهما؛ لأن أحدهما قائد للكل والآخر سائق للكل بحكم الاتصال؛ لأن زمام بعضها متصل بالبعض فيكون سوق البعض سوقا للكل، وإن كان له سائقان ضمنا.

وإن كان ثالث وسط القطار ضمنوا أثلاثًا يريد به إذا كان الآخر يمشي من جانب القطار يسوقه فيكون سوق البعض كسوق الكل بحكم الاتصال، فإن كان السائق اثنين والقائد واحدًا، فإن كان وسط القطار أخذ بزمام بعير فما أصاب مما خلفه فضمانه عليه خاصة؛ لأن الأول ليس بقائد لما خلفه وما أصاب مما قتله فالضمان عليهما؛ لأن السائق لوسط القطار سائق لما قبله والأول قائد له فصار في الحاصل قطاران أحدهما سائق وقائد والآخر قائد وليس له سائق فما أصاب القطار الأول فهو على السائق والقائد وما أصاب من القطار الثاني فعلى قائده.

ولو كان راكبا وسط القطار لا يضمن ما بين يديه؛ لأنه غير سائق وقائد له وهو معهم في الضمان فيما أصاب البعير الذي لا يضمن هو عليه وما خلفه لأنه قائد لما ركب عليه ولما خلفه والقائد لأول القطار قائد للكل، ولو كان على القطار فحامل فيها إنسان نائم وغير نائم، فإن كان منهم السوق والقود فهم كالسائق والقائد، وإن لم يكن منهم فعل في السوق والقود فهم كالمتاع ولا شيء عليهم.

ولو ربط رجل بعيرًا في قطار ولا يعلم السائق والقائد بذلك ضمنا ويرجعان على الرابط؛ لأن التلف اتصل بالقيادة ولم يتصل بالربط وكان القائد من الرابط ينزل منزلة المباشرة مع المسبب ويرجعان على الرابط ولم يفصل في (**المبسوط**).

وفي رواية عن أصحابنا في غير هذ الكتاب أنهم فصَّلوا إن ربط بالقطار حال ما يسير القطار يرجعان على الرابط؛ لأنه في حالة السير أمره بقيادة بعيره دلالة، فإذا لحقه ضمان بسبب القيادة على وجه لا يمكنه صيانة بعيره عن الإتلاف متى لا يعلم القائد بالربط كان قرار الضمان على الرابط، وإذا علم بالربط أمكنه التحفظ عن الإتلاف فلا يرجع، وإن كان ربط بالقطار حال وقوفها لا يرجعان؛ لأنه قاد بعير الرابط بغير أمره بالقيادة صريحا ودلالة والله أعلم.

(باب جناية البهيمة والجناية عليها)

(**المبسوط**): أرسل الرجل الدابة في الطريق ضمن ما أتلفت في وجهها ذلك؛ لأن الإرسال بمنزلة السوق؛ لأن الدابة إنما سارت وذهبت بإرساله فيكون سيرها

مضافا إلى إرساله ما دامت تسير في وجهها، فإن عطفت يمينًا أو شمالًا، فإن لم يكن لها طريق إلا ذلك فالضمان على المرسل؛ لأن حكم الإرسال قائم؛ لأنها انعطفت لضرورة الانعطاف في الطريق والانعطاف بقدر لا يقطع حكم الإرسال كالكلب إذا انعطف يمينًا وشمالًا لانعطاف الصيد، وإن كان لها طريق آخر لا يضمن؛ لأنها انعطفت باختيارها مع إمكانها المضي في فورها وذلك لا يقطع الإرسال كالكلب إذا انعطف غير انعطاف الصيد فأخذه لا يحل فيصير كالمنقلبة.

ولو وقفت الدابة ثم سارت خرج السائق من الضمان؛ لأنه بالوقوف انقطع أثر الإرسال فينقطع الإرسال بخلاف الكلب إذا وقف ثم أخذ لا ينقطع الإرسال؛ لأنه إنما وقف ليتمكن من أخذ الصيد فيحصل مقصود صاحبه في الإرسال فيكون الوقوف لتقرير حكم الإرسال فلا يقطع الإرسال وهنا بالوقوف يفوت مقصود صاحبه في الإرسال وهو الوصول إلى الرعي أو غيره فكان قاطعا للإرسال، فإن ردها راد لم يرتد ومضى في وجهه فالضمان على المرسل؛ لأنه نفى الإرسال الأول، فإن ارتد ثم وقف ثم سارت فلا ضمان على أحد؛ لأن الإرسال قد انقطع لما ارتد ورجع والرد قد انقطع بالوقوف؛ لأن الرد إرسال من الراد والإرسال ينقطع بالوقوف، وإذا ارتد ولم يقف ومضى في وجهه فأصاب شيئًا ضمن الراد؛ لأنها سارت برده فما دام يمضي في وجه الرد يكون الإرسال مضافا إليه، ولو دخل رجل إلى ملك رجل فعقره كلبه أو دابته هدر دمه بإذنه دخل أو بغير إذنه بإمساك الدابة والكلب وإرساله في ملكه غير متعدّ في السبب.

(**الجامع الصغير**): أرسل بهيمة أو كلبا وكان لها سائقا فأصابت في فورها طيرا مملوكا ضمن، وإن أرسل طيرا أو كان له سائقا لم يضمن؛ لأن البهيمة والكلب يحتمل السوق ويكون لها سائق وقائد ولا يكون للطير سائق؛ لأنه لا يحتمله فهدر سوقه، وكذلك لو أرسل الكلب ولو يكن له سائق فأصاب في فوره لم يضمن؛ لأن الكلب عامل باختياره وعمل البهيمة هدر؛ لأنه إلى المرسل في حق إباحة الصيد لحاجة ولا حاجة في حق التعدي فلا يضاف تعديه إلى المرسل، وكذلك لو أشلى كلبا على رجل حتى عقره ومزق ثيابه ولم يكن سائقا لم يضمن إلا أن يريد به أن يكون خلفه، وعن أبي يوسف أنه أوجب الضمان في أموال الناس في هذا كله.

وذكر الفقيه أبو الليث في (الجامع الصغير): أنه إذا أرسل بهيمة ولم يكن سائقا فأصابت في فورها إنسانا يضمن المرسل؛ لأنه إذا أرسلها ولم يكن خلفها فما دام في فورها وكأنه خلفها ولكن نص هاهنا إذا أرسل كلبا ولم يكن سائقا فأصاب في فورها أنه لا يضمن، ونص في الزيادات أنه يضمن ولكن أشار إلى الإرسال بمنزلة السوق فكان هذا مؤيدا لقول الفقيه أبي الليث وعليه الفتوى.

(النوادر): وفي نوادر ابن رستم: لو أرسل بازيا على دجاجة فأخذها فأكلها البازي فلا ضمان عليه، ولو أرسل كلبًا على شاة لرجل فأكلها الكلب ضمن المرسل ولا يشبه البازي؛ لأنه يكون للكلب سائق وقائد ولا يكون للبازي سائق. أرأيت لو أرسل الزنابير على إنسان فجعلت تعضه وتعض الناس أكان يضمن المرسل لا فكذا هذا والله أعلم بالصواب.

(باب الجناية والحفر في الطريق والمسجد)

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: في وقوع الواحد في البئر.

والثاني: في وقوع الجماعة فيها.

والثالث: في الحفر وما يصنع في المسجد.

(فصل)

ولو حفر بئرًا فلا يخلو إما أن حفر بنفسه أو بأجيره، ولا يخلو إما أن حفر في الطريق أو في فناء داره، فإن حفر بنفسه في الطريق فوقع فيها إنسان ومات ضمن الحافر ديته؛ لأنه متسبب إلى التلف؛ لأن الحفر وتعميق الأرض أزال المسكة عن الماشي فقد اتصل أثر فعله بالواقع وهو التعميق والتزليق وزوال المسكة والعلقة فصار كما لو حفر تحت رجل واقف حتى وقع فيه فكان الحفر سببًا إلى الإتلاف وهو متعدٍّ فيه؛ لأنه غير مأذون بالحفر في الطريق.

والماشي وإن كان مباشرا للإتلاف؛ لأن مشيه وفعله حصل في مكان عميق إلا

أنه غير متعدٍّ فيه؛ لأن المشي في الطريق مباح له فكان إضافة التلف إلى الحافر المتعدي حتى لا يهدر دمه ويكون زجرًا له أولى من إضافته إلى المباشر المحق وفيه إهدار دمه حتى لو علم الماشي بالبئر لا يضمن الحافر؛ لأن الواقع صار متعديا في المباشرة وكان إضافة التلف إلى المباشرة أولى؛ لأن الحفر إنما عمل في الإتلاف بواسطة المباشرة، وإن حفر في فناء داره إن كان له حق الحفر في القديم لا يضمن؛ لأنه غير متعدٍّ في التسبيب، وإن لم يكن أخفى الحفر وكان للعامة أو كان مشتركا، فإن كان في سكة غير نافذة يضمن؛ لأنه متعدٍّ فيه وإن حفر أجير له في الطريق وعلم أنه طريق المسلمين بأن كان مشهورا يعرفه كل أحد ضمن الأجير؛ لأنه علم أنه لم يصح أمره؛ لأنه أمره بالحفر في ملك الغير فصار وجود الآمر وعدمه بمنزلة فصار حافرا بغير آمره كما لو أمره بذبح شاة غيره، وإن لم يعلم بذلك ضمن الآمر؛ لأن أمره قد صح من حيث الظاهر، فإن الظاهر من حال المسلم العاقل أنه إنما يأمره بالحفر في ملكه فالأجير اعتمد أمرًا ظاهرًا يبيح له الحفر فلم يكن متعديا في الحفر فصار فعله مضافا إلى الآمر فصار حفره كحفر الآمر والآمر عالم أنه طريق العامة فكان متعديا في الأمر بالحفر وكان مسببًا للتلف متعديا فيه وإن حفر في فنائه ضمن الآمر ولم يضمن الأجير؛ لأنه صح الأمر؛ لأن الفناء كالمملوك لصاحب الدار، فإن له الانتفاع بالفناء من الفناء الطين والحطب وربط الدابة والقعود عليه وبناء الأماكن فيه ولكنه مقيد بشرط السلامة، ولو كان الأجراء أربعة فوقع عليهم من حفرهم فقتل واحدا ضمن الثلاثة كل واحد ربع الدية فهدر ربع الدية؛ لأن الأجراء مباشرين للإتلاف؛ لأن البئر إنما انهارت عليهم من حفرهم وكان كما لو استأجر أجراء لهدم حائطه فسقط حالة الهدم شيء من أبنيتهم على إنسان ضمن الهادم؛ لأنه مباشر فكذا هذا والأمر مسبب والضمان على المباشر دون المسبب فقد تلف المقتول بجنايته وبجناية ثلاثة من أصحابه وجنايته مهدورة وجناية أصحابه معتبرة فصار كما لو جرح نفسه وجرحه ثلاثة ضمنوا ثلاثة أرباع الدية فكذا هذا.

ولو حفر رجل بئرا في طريق ثم حفر رجل آخر في أسفلها فوقع فيها رجل ضمن الحافر الأول قال محمد: وهذا قياس وبه نأخذ؛ لأن بحفر الأول وقع فيها لا بتعميق الثاني؛ لأن الأول دافع له بالحفر كأنه حفر ما تحت قدميه حتى سقط فيه فيعتبر كما لو أخذه بيده وأوقعه فيه ضمن، وإن كان لولا تعميق الثاني عسى لا يموت الواقع وصار كما لو حفر بئرا ووضع آخر في البئر سلاحا فوقع إنسان فيها على السلاح ومات ضمن الحافر دون الواضع، وإن كان لولا وضع السلاح في البئر لا يموت الواقع؛ لأن الحافر دافع للواقع في البئر؛ لأن بالحفر وقع فيه لا بالوضع، ولو وسع رجل رأسها فالضمان عليهما قال الفقيه أبو جعفر: هذا إذا وسع قليلا مقدار ما يضع الواقع رجله في حفرهما؛ لأن قدم الواقع متى لاقى حفرين صار بالحفر كأنهما له دافعان فيكون الضمان عليهما نصفين، وإن وسع كثيرًا بحيث يعلم أن وضع القدم من الواقع في حفر الثاني دون الأول فلا ضمان على الثاني؛ لأن الثاني كأنه هو الدافع للواقع دون الأول، وإن كان بحيث يجوز أن يكون وضع القدم ملاقيا للحفرين فالضمان عليهما نصفين كما في مسألة الميراث.

ولو سدها الحافر بطين أو تراب ففرغها آخر ضمن الثاني؛ لأن الأول لمّا كبس البئر بما يكبس به فقد زالت جنايته بالكبس وانعدم أثر البئر بالضم وعادت إلى الأرض كما كانت في القدم والثاني في الحفر صار متعديا فضمن كما لو وضع حجرا على الطريق فنحّاه آخر عن موضعه فتعقل به إنسان ضمن الثاني فكذا هذا.

ولو سدها الأول بطعام أو نحوه فاحتفرها الثاني كان الضمان على الأول؛ لأن هذا لا يعد كبسًا وطمًّا؛ لأن اسم البئر بقي على حاله؛ لأنه يقال بئر مملوءة بالطعام وجنايته كانت بحفر البئر وقد بقي البئر فبقي الحكم المتعلق به إلا أن كبسه بالحنطة كان مانعا من السقوط بعد وجود سبب الإتلاف وهو الحفر، فإذا زال المانع من السبب فرفع الثاني فضمان التلف إلى السبب لا إلى زوال المانع كمن رمى سهما إلى إنسان وعلى المرمي إليه ترس تترسه فجاء آخر ونزع الترس منه حتى أصابه السهم ومات ضمن الرامي دون النازع؛ لأنه أزال المانع من التلف ولم يحدث تلفًا فكذا هذا. وكذا إذا شدَّ رأسها فاستوهنها فنقض آخر ذلك فالضمان على الأول.

ولو تعقل رجل بحجر فوقع في هذه البئر ضمن واضع الحجر دون الحافر، فإن كان لم يضعه أحد ضمن الحافر؛ لأن واضع الحجر صار دافعا للواقع بوضع الحجر فصار مباشرا للتلف، ومتى كان الحجر راسخا في الأرض صار الحجر دافعا للواقع إلا أن الحجر لا يوصف بالتعدي فلا يكون متعديا في المباشرة، والحافر متعدٍ في السبب والمباشر مع المسبب إذا اجتمعا، والمسبب متعدٍّ دون المباشر فالضمان على المسبب كما بينا.

ولو وضع الحجر في أسفلها أو الحديدة فقتل الساقط ضمن الحافر كما بينا والقول للحفار أنه أسقط نفسه ما لم يقم بينة بخلافه؛ لأن ورثة الواقع يدّعون عليه ضمانا والحافر منكر فيكون القول له؛ لأن فراغ ذمته عن الحقوق أصل والشغل عارض والظاهر، وإن كان شاهدا للورثة؛ لأن الظاهر أن العاقل لا يلقي بنفسه في البئر ولكن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق فوجب النظر إلى الدعوى والإنكار.

ولو استأجر رجل حرًّا وعبدًا محجورًا عليه ومكاتبًا فحفروا فقتلهم الحفر لم يضمن المستأجر إلا قيمة المحجور لمولاه؛ لأن استئجار الحر والمكاتب جائز وليس بجناية وإنما صار قتلا بفعل نفسه وهو انهيار حفرة عليه واستئجار المحجور غير جائز وقد استعمل عند غيره بغير إذنه فصار غاصبا وقد تلف في يده فتجب قيمته للمولى ويرجع فيها ورثة الحر بثلث الدية وورثة المكاتب بثلث قيمته؛ لأن كل واحد منهما صار مقتولا بجنايته وبجناية صاحبه عليه فصار ثلثا كل واحد منهما تالفا بجناية العبد وجناية العبد تتعلق برقبته ما دام قائمًا، فإذا هلك وأخلف بدلا يتعلق ببدل رقبته ثم يرجع المولى على المستأجر بما أخذوا منه؛ لأنه استحق عليه ما قبضه بسبب كان عند المستأجر وهو الجناية فيصير كأنه لم يقبض ذلك ويرجع ورثة المكاتب على العاقلة الذي للحر بثلث قيمته؛ لأن ثلثه تلف بجنايته ويرجع المستأجر على عاقلة الحر بثلث قيمته؛ لأن ثلثه تلف بجنايته ويرجع المستأجر على عاقلة الحر بثلث قيمة العبد أيضًا؛ لأنه بأداء الضمان ملكه من حين الغصب فقد حصلت الجناية من الحر على ثلث عبد المستأجر يضمن ويرجع المستأجر أيضًا بثلث قيمة العبد على أولياء الحر وبثلث الدية في تركة المكاتب بقدر قيمته؛ لأن

المكاتب أتلف ثلث الحر وثلث العبد، فإن كان في قيمة المكاتب وفاءً بحقين يأخذ كل واحد منهما كمال حقه ولا يضرب كل واحد بقدر حقه في القيمة.

ولا يجوز حفر الرجل في فنائه عند أبي حنيفة وعندهما يجوز إذا لم يضر بغيره.

ويجوز الحفر في مفازة في غير الطريق ولا يتعلق به الضمان؛ لأن له الانتفاع والارتفاق بهذا الموضع من حيث النزول عليه وضرب الفسطاط عليه من غير شرط السلامة؛ لأنه ليس فيه إبطال حق المرور للناس وكان له الارتفاق به من حيث الحفر إما للطبخ أو لاستقاء الماء وحفر النهر مثل حفر البئر.

ولو جعل قنطرة على نهر بغير إذن الإمام فيعمد إنسان المرور عليها أو دابة فانخسف أو تعقل به فمات فلا ضمان على صاحب القنطرة؛ لأن هذا السبب طرأ عليه بالمباشرة وهي المشي على القنطرة والخشبة مختارا مع العلم بها فيضاف التلف إلى المباشرة دون التسبب كما لو تعمد المشي على بئر محفورة أو على خشبة موضوعة في الطريق، وإن لم يعلم بها ضمن.

وروي عن أبي يوسف: إذا كان النهر عاما لجماعة المسلمين فلا ضمان على واضع القنطرة، وإن لم يعلم بها؛ لأنه أقام خشبة قنطرة؛ لأن نصب القنطرة ثبات عليه وللناصب فيه حق ولم يبطل على غيره حق المرور بل إحياء هذا الحق بما صنع؛ لأنه لا يمكن المرور إلا بالقنطرة فلا يضمن بما تولد منه كما لو بسط الحصير في المسجد.

وجه ظاهر الرواية: أن الحق في نصب القناطر والجسور على الأنهار العظام للإمام وقد أبطل الناصب هذا الحق على الإمام بغير إذنه وكان فعله جناية بهذا الاعتبار، وإن كان أقام خشبة باعتبار أنه إحياء حق المرور بما صنع فهذا كمن حفر بئرًا في طريق العامة ليسقي منها المارة فوقع فيها إنسان ضمن، وإن كان أقام خشبة؛ لأنه حياته من حيث إنه أبطل حق المرور على الناس وأبطل الرأي والتدبير على الإمام وكان متعديا في التسبب إلى التلف فضمن بخلاف بسط الحصير في المسجد؛ لأن التدبير في بسط الحصير لأهل المسجد حتى لو بسط الحصير واحد من غير أهل المحلة يضمن، وحكي أن واحدا من الفقهاء نصب قنطرة على نهر

العامة فعطبت بها دابة فخاصمه صاحب الدابة فقال إنك وضعت هذه القنطرة بغير إذن الإمام وقد عطبت بها دابتي فعليك ضمانها فقال الفقيه: بل ضمان قنطرتي عليك لأني إنما نصبت هذه القنطرة لمرور الناس عليها دون دوابهم وأنت مررت عليها بدابتك فأفسدتها فلي عليك ضمانها فتحير الرجل وترك خصومته.

ومن حفر أو وقف أو بنى في الطريق في سوق العامة بإذن السلطان لم يضمن؛ لأن حفره بإذن السلطان كحفر السلطان بنفسه.

وإن حفر السلطان بنفسه لم يضمن؛ لأن التدبير والرأي في إصلاحه وعمارته إليه كأهل المسجد إذا حفروا بئرا في المسجد.

(فصل)

ولو وقع ثلاثة في بئر تعلق كل واحد بآخر فماتوا، فهو على **ثلاثة أوجه**: إما أن ماتوا من وقوعهم ولم يقع بعضهم على بعض، أو ماتوا من وقوعهم ووقع بعضهم على بعض وقد علم كيفية، أو لم يعلم كيف ماتوا.

فإن ماتوا من وقوعهم ولم يقع بعضهم على بعض فدية الأول على الحافر؛ لأنه صار دافعا له بالحفر ودية الثاني على الأول؛ لأن الأول صار دافعا للثاني بالمباشرة وهي جره على نفسه والحافر دافع له تسببا بالحفر والضمان يجب على المباشر دون المسبب كالممسك مع القاتل ودية الثالث على الثاني؛ لأنه جره إلى نفسه فصار قاتلا له بالمباشرة، وإن وقع بعضهم على بعض وقد علم ذلك بأن أخرجوا حيا فأخبروه عن حالهم ثم ماتوا فموت الأول لا يخلو من **سبعة أوجه**: إن مات من وقوعه لا غير فديته على الحافر؛ لأنه مات بجنايته، وإن مات من وقوع الثاني عليه فدمه هدر؛ لأنه صار قاتلا بنفسه لما جرّ الثاني فألقاه على نفسه، وإن مات من وقوع الثالث عليه فديته على الثاني؛ لأنه هو الذي جر الثالث وألقاه على الأول فصار الثاني قاتلا للأول، وإن مات من وقوع الثاني والثالث فنصف دمه هدر على الثاني؛ لأن الأول جر الثاني وألقاه عن نفسه والثاني جر الثالث وألقاه على الأول فقد مات بجنايته وبجناية الثاني وجنايته على نفسه هدر وجناية الثاني عليه معتبرة فيهدر

نصف دمه، وإن مات من وقوعه ووقوع الثاني عليه فالنصف على الحافر ونصفه هدر؛ لأنه مات بجناية الحافر وبجناية نفسه، وإن مات من وقوعه ووقوع الثالث عليه فالنصف على الحافر والنصف على الثاني؛ لأنه مات من جناية الحافر وبجناية الثاني، فإن الثاني جر الثالث وألقاه على الأول، وإن مات من وقوعه ووقوع الثاني ووقوع الثالث عليه فالثلث منه هدر وثلثه على الحافر وثلثه على الثاني؛ لأنه مات بجناية الحافر وبجناية نفسه وبجناية الثاني وجنايته هدر وجناية الحافر والثاني معتبرة. وأما موت الثاني فعلى **ثلاثة أوجه**: إن مات بوقوعه فديته على الأول؛ لأنه صار قاتلا بالمباشرة لما جرّه في البئر، وإن مات من وقوع الثالث عليه فدمه هدر؛ لأنه جره وألقاه على نفسه فقد مات بجناية نفسه، وإن مات بوقوعه ووقوع الثالث عليه فنصف دمه هدر ونصفه على الأول؛ لأنه مات بجناية الأول وبجنايته على نفسه وهو جره الثالث، وأما موت الثالث: فليس له إلا وجه واحد وهو وقوعه في البئر؛ لأنه لم يقع عليه أحد فديته على الثاني؛ لأنه جره ووقعه في البئر. أما إذا لم يعرف حال موتهم فالقياس أن دية الأول على الحافر ودية الثاني على الأول ودية الثالث على الثاني على عواقلهم وهو قول محمد، وفي الاستحسان ثلث دية الأول هدر والثلث على الحافر والثلث على الثاني ودية الثاني ودية الثالث على الثاني ولم يبين محمد أن الاستحسان قول من، وقال مشايخنا: هو قول أبي حنيفة وأبي يوسف. وجه القياس: أن بموت كل واحد منهم سببا ظاهرا فوقوع الأول في البئر سبب ظاهر لموته وجر الأول الثاني ظاهر لموته وكذا جر الثاني الثالث ولا يقطع الحكم عن هذا السبب الظاهر ما لم يثبت سببًا وفي ثبوت سبب آخر وهو وقوع بعضهم على بعض شك واحتمال فوجب أن يعتبر المتيقن ويلغى المشكوك، وجه الاستحسان: أن أسباب الموت قد تحققت وتوالت وترادفت فلا يقطع الحكم عنها ولا يجوز إضافة الموت إلى سبب معين حالة لا شك والاحتمال فيضاف إلى الكل فيجعل الأول ميتا من جناية الحافر ومن وقوع الثاني والثالث عليه؛ لأنه علم بجناية الحافر وعلم وقوع الثاني والثالث عليه فقد ترادفت عليه أسباب الموت فيضاف إلى الكل فما تلف بجناية الحافر ووقوع الثالث عليه معتبر وما تلف بوقوع الثاني عليه

هدر فهدر ثلث دمه والثاني يجعل ميتا بجر الأول وبوقوع الثالث عليه والجناية بوقوع الثالث هدر؛ لأنها حصلت بفعله وهو جر الثالث والجناية بجر الأول معتبرة فيهدر نصف دمه ويجب نصفه على الأول بجره وجنايته عليه والثالث صار ميتا بجر الثاني لا بوقوع نفسه فجميع ديته عليه والله أعلم.

[فصل](١)

وإذا حفر أهل المسجد فيه أو غيرهم بإذنهم أو ألقوا حصا أو علقوا قنديلا لم يضمنوا أو إن فعل ذلك غيرهم بغير إذنهم ضمن عند أبي حنيفة وعندهما لا يضمن. لهما: أن هذه قربة يثاب عليها الفاعل فلا يضمن كأهل المسجد. له: أن الرأي والتدبير لأهل المسجد فيما يرجع إلى مصالح المسجد دون غيرهم فلا يملك الغير التصرف فيه إلا بإذنهم ولهم أن يمنعوه عن ذلك فصار فعلهم مباحا وفعل غيرهم جناية وتعديا أو مباحا مقيدا بشرط السلامة، فإذا لم يسلم كان ضامنا كمن وقف في طريق المسلمين يصلح بين الفئتين أنه يضمن ما عطب به، وإن كان متقربا فكذا هذا، ولو قعد رجل في مسجد لحديث أو نام فيه في غير الصلاة ضمن من يعقل به عند أبي حنيفة مثل الطريق، وعندهما: لا يضمن وإن قعد للصلاة أو لتعلم القرآن والعلم ونحوه من الثواب اختلف المشايخ فيه. لهما: أن المنتظر للصلاة في الصلاة حكما والمصلي لا يضمن فكذا المنتظر والقعود في المسجد لا للعبادة مأذون فيه شرعا.

ألا ترى أن أهل الصفّة كانوا يلازمون وينامون في المسجد ويتحدثون بما ليس فيه مأثم ولم يروا أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يمنعهم من ذلك، ولأن المسجد كما بني للصلاة بني لذكر الله تعالى قال الله تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ ٱللَّهُ أَن تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا ٱسْمُهُۥ﴾ [النور: ٣٦] فقد أقام قربة فيه ولا يتعلق به ضمان؛ لأنه يقعده عن إقامة القربات.

لأبي حنيفة: أن المسجد بني لإقامة الطاعات والقربات فيه لا للقعود وللتحدث والنوم فيه، وإذا نام أو قعد فيه للحديث فقد شغل المسجد بما لم يوضع له ولم

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

يؤذن فيه فما تلف منه يضمن كما لو قعد في الطريق للاستراحة أو للمصالحة بين المسلمين بخلاف ما لو قعد للصلاة أو لإقامة القربة؛ لأنه شغله بما له حق الشغل، فإن المسجد كما بني للصلاة بني لإقامة القربة.

وقال أبو بكر الرازي: بأنه يضمن إذا قعد لغير الصلاة؛ لأن المسجد في الأصل بني للصلاة لا إقامة قربة أخرى بدليل أنه لو ضاق المسجد كان للمصلي أن يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلي فيه إذا كان القعود لغير الصلاة فقد شغل المسجد بما لم يوضع المسجد له في الأصل فيكون مباحا مقيدا بشرط السلامة كالقعود في الطريق للمصالحة ولذكر الله تعالى.

(باب الجناية بالعثر والتسبيب)

(النوارد): وإذا مر رجل بنائم فعثر برجله فدق ساقه ثم سقط عليه فاعورت عينه ثم مات الواقع، قال محمد وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: على الواقع أرش رجل النائم ولا شيء عليه في العين، وعلى عاقلة النائم دية؛ لأن رجل النائم انكسرت بفعل الواقع وهو العثر به؛ لأنه مباشر فيه فأضيف ذلك التلف إلى فعله وعين الواقع بفعله وهو فائت وهو السقوط عليه فهدر، وموت الواقع تولد من الوقوع عليه وصدمة النائم وقد استندت إلى سبب هو جان فيه وهو نومه في الطريق ولا جناية للواقع في السقوط عليه فأضيف التلف إلى نوم النائم.

ولو ماتا جميعا فعلى عاقلة النائم دية الواقع وعلى الواقع نصف دية النائم؛ لأن الوقوع عليه فعله ولكنه انبنى على العثرة والعثرة تولدت من جناية النائم فسقط نصفها. رجل أدخل نائما بيته أو مغمى عليه أو صبيا فوقع عليه البيت.

قال محمد: يضمن في الصبي والمعتوه ولا يضمن في النائم والمغمى عليه؛ لأن اليد تثبت على الصبي والمعتوه، ولهذا تثبت الولاية عليهما للأم والوصي فصار غاصبا لهما فأما اليد فلا تثبت على النائم والمغمى عليه والخطاب قائم في حقهما من وجه وهو غير مولٍ عليه فلم يضمن. رجل حفر بئرا في الطريق فوقع إنسان فيها ومات جوعا أو غمًّا لا يضمن عند أبي حنيفة إلا أن يموت من السقوط.

وقال أبو يوسف: إن مات غمًا يضمن وإن مات جوعًا لا يضمن.

وقال محمد: يضمن فيهما جميعا.

ولو أخذ إنسان وأدخله بيتا وسد عليه الباب حتى مات جوعا أو عطشا لم يضمن عند أبي حنيفة وعندهما عليه الدية.

وقال محمد: لو دفنه حيا في قبر فمات يقتص منه؛ لأنه قتله عمدًا.

لمحمد: أنه سبب إلى التلف؛ لأن الموت حصل بما يتولد من عمق المكان وضيقه وظلمته وبمنع الطعام والشراب عنه فأضيف التلف إليه وذلك حصل بصنعه وكان سببا إلى التلف فيضمن كما لو مات من السقوط.

لأبي يوسف: أن الجوع معنى يحدث في الشخص ليس من آثار فعل الجاني فلا يضاف إليه فأما الغم فأثر جعل الأرض عميقا والمكان ضيقا وذلك من آثار حفره وفعله فيضاف إليه.

لأبي حنيفة: أن فعله سد الباب والحفر وذلك تصرف في الباب والأرض لا في الشخص والموت حصل بالجوع والعطش لا بسد الباب والحفر فيصير هو مانعا عنه أسباب البقاء والضمان إنما يجب بمباشرة أسباب التلف لا بمنع أسباب البقاء كمن رأى آخر يموت جوعا وعنده طعام وشراب فمنعه بخلاف ما لو مزقه أو جرحه الوقوع في البئر؛ لأن أثر فعله وهو العمق والضيق أثر في نفس الواقع فصار مسببا للتلف.

(باب دية الجنين)

(المبسوط): وإذا ضرب امرأة حرة فألقت جنينًا ميتًا فعليه فيه الغرة وهي عبد أو أمة قيمتها خمسمائة درهم ذكرا كان أو أنثى إن شاء دفعه، وإن شاء قيمته.

والقياس أن لا يجب شيء لاحتمال أنه كان ميتا مضغة لم تنفخ فيه الروح فوقع الشك في وجوب الضمان فلا يجب بالشك.

وجه الاستحسان: ما روى أسامة ابن الهذلي قال: إن إحدى الضرتين ضربت بطن الأخرى بعمود فسطاط فألقت جنينا ميتا، ثم ماتت، فاختصم أولياء القتيلة إلى

رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأمر بأداء الدية في المرأة المقتولة وبالغرة في الجنين، فقال أخ العاقلة: كيْفَ أُغْرَمُ دِيَةَ من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل فَمِثْلُ ذَلِكَ يُطَلُّ، فقال عليه السلام: "**دعني وأراجيز العرب، سجع كسجع الكهانة، فيه غرة عبد أو أمة أو خمسمائة درهم**" فقال أخوها: إن لها بنين وهم سادة العرب فمرهم أن يعقلوا عنها، فقال عليه السلام: "**لا بل أنت أحق بالعقل عنها**"(١)، فالنبي عليه السلام قضى بالغرة ولم يستفسر أنه ذكر أو أنثى وإنما سميت غرة؛ لأن غرة الشيء أوله وهذا أول مقدار أظهر في باب الدية وجب على العاقلة في سنة لما روى محمد قال بلغنا: أن النبي عليه السلام "**جعل الغرة على العاقلة في سنة**"(٢)، وقال الشافعي: في ثلاث سنين ولا كفارة عليه خلافا للشافعي؛ لأنه باعتبار أنه نفس تجب الكفارة وباعتبار أنه جزء وعضو لم يتم خلقته أو يحتمل أنه لم ينفخ فيه الروح لا تجب الكفارة فلا يجب بالشك ولأمرت الضارب منه نص عليه في الجامع الصغير؛ لأن الشرع أنزل الضارب قاتلا والجنين نفسا حيا حيث أوجب عليه دية النفس، فإن الدية لا تجب إلا في قتل الحر ولأن الحرمة متى دارت بين السقوط والثبوت ثبت احتياطا وتبين لهذا أنه يورث منه حيث جوزي الضارب بالحرمات؛ لأن الجنين متى انفصل ميتا اعتبر حيا في حق غيره حتى صارت الجارية أم ولد له وحلت المعتدة للأزواج واعتبر عضوا منها في حق نفسه وحق الله تعالى حتى لا

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٤/٩ (٦٩٠٥ و٦٩٠٦) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا وهيب. وفي (٦٩٠٧ و٦٩٠٨) قال: حدثنا عبيد الله بن موسى. وفي (٦٩٠٨م) قال: حدثني محمد بن عبد الله، قال: حدثنا محمد بن سابق، قال: حدثنا زائدة. وفي ١٢٦/٩ (٧٣١٧ و٧٣١٨) قال: حدثنا محمد، قال: أخبرنا أبو معاوية. قال البخاري: تابعه ابن أبي الزناد، عن أبيه، عن عروة، عن المغيرة. و«أبو داود» (٤٥٧١) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا وهيب.

خمستهم: (ابن جريج، ووهيب، وعبيد الله بن موسى، وزائدة، ومحمد بن خازم، أبو معاوية) عن هشام بن عروة، عن أبيه، فذكره.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين والدر المختار ٣٧٧/٥ فما بعدها، وتبيين الحقائق وحاشية الشلبي ١٤٠/٦ فما بعدها.

يرث ولا يصلى عليه ولا كفارة فيه، ولو انفصل حيا ثم مات يجب دية كاملة والكفارة؛ لأنه صار نفسا فمصير ضربه قتلا، ولو انفصل بعد موت الأم ميتا فلا شيء فيه خلافا للشافعي؛ لأن موت الأم سبب موت الولد؛ لأنه تنفس بنفس الأم، فإذا ماتت الأم ينقطع نفسه فيكون موته مضافا إلى موت الأم فصار كما لو خنق، وما ذكر في الحديث: أن إحدى الضرتين ضربت بطن صاحبتها بعمود فسطاط فقتلتها وألقت جنينا ميتا فيه دليل على أن انفصال الجنين حال حياة أمه، فإنه أضاف فعل الإلقاء إليها وإنما يتصور الإلقاء منها حال حياتها لا بعد موتها أو يحتمل ذلك فلا يكون له حجة ولو ألقت جنينين ميتين ففي كل واحد منهما غرة، وإن كانا جنينين ثم ماتا ففي كل واحد دية كاملة وكفارة، وإن كان أحدهما حيًّا والآخر ميتا ففي الحي دية وفي الميت غرة اعتبارًا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد، وإن خرجا ميتين أحدهما قبل موت الأم والآخر بعد موتها ففي الأول غرة ولا شيء في الثاني.

ولو ضرب بطن حرة فألقت جنينا ميتا استبان بعض خلقه ففيه الغرة تامة؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة في جنين لم يستبن، وغرة جنين الأمة نصف عشر قيمته إن كان ذكرا وعشر قيمته إن كانت أنثى فخمسمائة نصف عشر دية الذكر وعشر دية الأنثى، والقيمة في حق العبيد ينزل منزلة الدية في حق الحر؛ لأن الضمان إنما يجب بدلا عن نفس الجنين أصلا صونا لدمه عن الهدر؛ لأن الأصل في الأجنة الحياة ظاهرا؛ لأنه ينفخ فيه الروح متى بلغ مائة وعشرين يوما وكان تقدير ديته بقيمة نفسه أولى.

وقال الشافعي: فيه عشر قيمة الأم.

وعن أبي يوسف: أنه لا يجب فيه شيء ويجب نقصان الأم؛ لأن ضمان الجناية على العبيد عنده ضمان الأموال فصار جنينها كجنين الدابة.

ولو جرح حيا ثم مات ففيه قيمته؛ لأن القيمة في حق العبد تنزل منزلة الدية في حق الحر وغرة جنين الأمة في مال الضارب؛ لأن العاقلة لا تتحمل دية العبيد.

(العيون): رجل ضرب بطن امرأة حبلى فأصاب يد الولد في بطنها فقطعها ثم ولدته حيا يضمن نصف الدية على العاقلة؛ لأنه قطعها خطأ؛ لأنه قصد بالضرب بطن الأم وإنما أصاب يد الولد خطأ.

(الفتاوى): امرأة شربت الدواء فألقت جنينا ميتا فلا شيء عليها؛ لأن الوالدة لا تحبس لأجل ولدها شيء وقيل: إن أسقطت ليس عليها إلا التوبة والاستغفار، وإن كان حيا فعليها غرة لوارث الجنين دونها.

وقال في امرأة شربت الدواء فألقت حملا ثقيلا فعلى عاقلتها خمسمائة درهم وصح في سنة واحدة، فإن لم يكن لها عاقلة ففي مالها في سنة وذلك لزوجها؛ لأنه هو الوارث. مختلعة حامل احتالت لمضي عدتها بإسقاط الولد هل للزوج في ذلك خصومة فقال: إن أسقط بفعلها وجب عليها الغرة وكل ذلك يكون للزوج وهي لا ترث منه؛ لأنها قاتلته.

(باب العقل)

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: في معرفة العاقلة.

والثاني: في كيفية وجوب الدية عليها.

والثالث: في بيان مدة الواجب.

والرابع: فيما تتحمله العاقلة وما تتحمله.

والخامس: فيما تحولت الدية من عاقلة إلى عاقلة.

والسادس: في عاقلة مولى الموالاة.

(فصل)

يحتاج إلى تفسير العاقلة ومن هي؟

أما تفسيرها: فالعاقلة اسم مشتق من العقل وهو المنع، ولهذا يقال لما تعقل به البعير عقالا؛ لأنه يمنعه من النفور ومنه يسمى اللُّب عقلا؛ لأنه مما يمنع الإنسان عما يضره فكذلك عاقلة الإنسان عما يضره وهو أهل نصرته فيما يمنعونه عن قتل ما ليس له قتله، **وأما ماهية العاقلة**: فالعقل هو الدية وجمعه المعاقل ومنه العاقلة وهم الذين يتحملون العقل وهو الدية.

فأما ماهية المعاقلة؛ قال محمد رحمه الله: هم أهل الديون من المقاتلة في حق من له ديوان وأهل الديوان الذين لهم رزق في بيت المال وكتب أساميهم في الديون ومن لا عاقلة له ومن لا ديوان له فعاقلته عصبته من النسب، وعند الشافعي العقل على عصبته من النسب لا على أهل الديوان.

والصحيح قولنا لما روى محمد بن الحسين بإسناده عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه لما دوّن الدواوين وجنّد الجنود وفرض لهم الأعطية في بيت المال جعل العقل على أهل الديوان من المقابلة وجعل الدية في أعطياتهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكر عليه منكر ولا عير عليه معير ولا يخافون لومة لائم فحل محل الإجماع إذ لا يحل لهم السكوت إذا كان الحق بخلافه.

ورُوي عن إبراهيم النخعي رضي الله عنه أنه قال: كانت الدية على القبائل فلما وضع عمر الدواوين جعلها على أهل الديوان.

وكان في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر رضي الله عنه كانت المعاقلة على عشيرة القاتل ثم حول عمر إلى أهل الديوان من المعاقلة؛ لأنه عرف أن العقل في زمنهما كان باعتبار النصرة لا باعتبار النسب بدليل أنه لا يوجد من النسوان والصبيان من عشيرة القاتل في زمنهما لأنهم ليسوا من أهل النصرة وبدليل أنه كان يعقل معهم حليفهم وعزيرهم بالراء وهو الصحيح، فإنه ذكر صاحب غريب الحديث وصاحب الغريبين وقالا الصحيح عزيرهم بالراء وهو الغريب الذي نزل بقوم وتوطن فيهم فعلم بهذين الدليلين أن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أوجبها على عشيرة الرجل باعتبار النصرة لا باعتبار النسب، وفي زماننا أهل الديوان هم أهل العسكر لكل راية ديوان على حدة، فإذا قتل واحد من أهل راية إنسان خطأ وقد بلغ عددهم بحيث لو قسمت الدية عليهم نصيب كل واحد أربعة دراهم تجب الدية عليهم وإلا فتجب على جميع الجيش وإنما وجبت على عصبة من لا ديوان له لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب الغرة ودية المقتول على عصبة القاتل، ويدخل فيه أن القاتل وابنه خلافا للشافعي؛ لأنه عليه السلام أوجب الدية على عصبة القاتل، واسم العصبة يتناولهما فيدخلان تحت النص وما روي أنه عليه

السلام برأ من ذلك الابن والزوج فغير مشهور فلا يقبل، وإن قبلناه فهو محمول على أن الابن كان صغيرا أو مجنونا وهما لا يعقلان الدية والحديث حكاية حال محتمل الابن فلا يكون حجة بالشك، وإن لم يكن له عشيرة فعقله على بيت المال إذا كان القاتل مسلما؛ لأن الدية إنما تجب باعتبار النصرة والانتصار والذب عن البنات لما بينه وأهل نصرة القاتل إذا لم يكن له ديوان وعشيرة جماعة المسلمين لأنهم يذبّون بعضهم عن بعض ويتناصرون نصرة القاتل.

وذكر الطحاوي عن أصحابنا: أنه يجب في مال القاتل؛ لأن وجوب العقل على العاقلة عرف بخلاف القياس؛ لأن مؤاخذة غير الجاني بالجاني مما يأباه القياس والشرع إنما أوجب على أهل الديوان أو على العشيرة فبقي ما عداهما على قضية القياس ومن ليس له ديوان ولا عشيرة قيل تعتبر المحال والقرى الأقرب فالأقرب وقيل يجب في ماله وقيل يجب في مال بيت المال.

وكذلك في اللقيط على هذا الخلاف ولا يعقل مدينة عن مدينة ويعقل مدينة عن قراها؛ لأن العقل إنما بني على التناصر والتعاون وأهل كل مصر ينتصر بأهل ديوان مصره ولا ينتصرون بديوان أهل مصر آخر وأهل المصر ينتصرون بأهل سوادهم وقراهم ومن كان من أهل البادية لا ديوان لهم تعاملوا على الأنساب أقربهم نسبا، وإن كان بعيد المنزل منه؛ لأن البادية بادية واحدة فكان كأهل الديوان في مصر واحد يتعاونون عن أهل المصر وإن تباعدت منازلهم والباديتان إذا اختلفتا كانتا بمنزلة مصرين وعاقلة المعتق قبيلة مولاه ومولى الموالاة يعقل عنه مولاه وقبيلته.

(فصل)

ولا يقضي على كل واحد من العاقلة أكثر من أربعة دراهم من الدية، وإن قلت العاقلة حتى يصيب كل واحد أكثر من أربعة يضم إليهم أقرب ديوان آخر نفيا للإجحاف عن الديوان الذي كان فيه القاتل وكان ضم أقرب الدواوين في هذا المصر إليه أولى من الأبعد والأقرب أن يكون قائد هذا الديوان من يد قائد ديوان الآخر؛ لأن قائدهما واحد في الحقيقة، وإن لم ينتف الإجحاف يضم أبعد الدواوين

إليه من هذا المصر وهو أن يكون قائده من يد الوالي لا من يد قائد ديوان القاتل، فإن لم ينتف الإجحاف يضم إليه أقرب عشيرته من قبل الأب، فإن لم ينتف الإجحاف يضم إليهم أقرب المجال إليهم ومن لا ديوان له يضم إليه أقرب القبائل إليه من النسب من الأفخاذ والبطون ومن لا عاقلة له في الباقي من الدية في رواية يجب الباقي في بيت المال وهو الأصح وفي رواية يجب في مال القاتل على ما ذكرنا ومتى استوى الديوان في القرب أحدهما من العشيرة والآخر من الجانب يضم إليه ديوان العشيرة ويعتبر النسب ترجيحا، فإن كان ديوان العشيرة أبعد ضم إليه ديوان الأجانب والترجيح أولى بالقرب في الديوان ثم بالنسب.

(فصل)

ويقضي بالدية على العاقلة في ثلاث سنين من يوم القضاء في كل عطاء ثلثها؛ لأن الدية تجب يوم القضاء؛ لأن القياس يأبى وجوب المال بمقابلة الآدمي لفقد المماثلة بينهما وإنما المماثلة بين النفس والنفس فيجب أن يكون حقه في النفس تحقيقا للمعادلة بين السيئة وجزائها سواء كان القاتل مخطئا أو متعمدًا؛ لأن الخاطئ جائز المؤاخذة وإنما انتقل حقه إلى المال بالقضاء لعذر الخطإ؛ لأن القصاص عقوبة زاجرة لا يمكن إيجابها على المعذور، فإذا وجب المال بالقضاء يعتبر الأجل يوم القضاء، وعند الشافعي يعتبر الأجل يوم القتل ويجب المال على القاتل أولًا ثم تتحمله العاقلة بالقضاء حتى لو أقر القاتل بقتل الخطإ وكذبه العاقلة أخذ به القاتل.

ولو كان المال واجبا على العاقلة بنفس القتل لا يلزمه شيء؛ لأنه يكون مقرا على غيره، فإن عجل لهم أعطية ثلاث سنين لمرة واحدة بعد القضاء بالدية فالدية كلها في ذلك معجلة؛ لأنه إذا خرجت الأعطيات الثلاث وصارت العطايا عينًا معجلة فصارت الدية كذلك؛ لأن لا يبقى في الأعيان فتسقط.

ولو خرج لهم عطاء وجب قبل القضاء بالدية لم يكن فيه شيء واستقبلت الدية في الأعطية المستقبلة بعد القضاء؛ لأن المال إنما يجب بعد القضاء فيتعلق بالأعطية التي يخرج بعد القضاء لا بالأعطية قبله وإن خرج لكل ستة أشهر وجب فيه سدس الدية وفي كل أربعة أشهر تسع الدية، وإن كانت لهم أرزاق في كل شهر وعطايا في

كل سنة قضى بثلث الدية في العطايا؛ لأن العطايا لفرض الدية هو الأصل والرزق كالبدل عنه، فإن عمر رضي الله عنه فرض الدية في الأعطية ولم يفرض في الرزق ولا يصار إلى البدل حالة القدرة على الأصل ولأن فرض الدية في العطايا أخف على العاقلة من فرضها في الرزق؛ لأن العطاء مال فاضل عن الحاجة والرزق مال مشغول بحاجته والدية مبناها على التخفيف فكان الفرض في العطاء أولى، وإن لم يكن لهم عطاء إلا الأرزاق قضي في كل رزق بحصته؛ لأن الفرض في أرزاقهم لهم أخف عليهم من مال اكتسبوه بكد أيديهم والرزق ما يفرض للإنسان في مال بيت المال مقدرا بالحاجة والكفاية يفرض له ما يكفيه كل شهر وكل يوم والعطاء ما يفرض كل سنة ويقدر بخبرة وعناية في باب الدَّين لا بالحاجة.

(فصل)

وكل ما وجب بقتل الخطإ أو شبه العمد فهو على العاقلة، وما وجب بالعمد الذي يمكن فيه شبهة أو بالصلح من الجناية على مال أو بالإقرار على نفسه بالقتل خطأ أو ما دون أرش الموضحة أو ما يجب بجناية العبد وبقتل الأب ابنه عمدًا لا يكون على العاقلة بل يجب في مال الجاني وفي العبد على المولى.

وعند الشافعي: تتحمل العاقلة الكل، وقال في قول: لا تتحمل العاقلة إلا دية النفس.

وقال مالك: تتحمل ثلث الدية فصاعدا ولا تتحمل ما دونه.

والصحيح قولنا(١)؛ لأن رُوي عن عمر رضي الله عنه موقوفًا عليه ومرفوعًا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال(٢): "**لا تعقل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا**" ولا ما دون أرش الموضحة وما فوقها تتحمله العاقلة، ولأن العقل والقياس يقتضي ويهتدي إلى أن الدية لا تجب على العاقلة؛ لأن الجناية

---

(١) انظر: رد المحتار ٤١٢/٥، والمغني ٧٧٥/٧ - ٧٧٧ ط. الرياض، والقليوبي ١٧٦/٤، وجواهر الإكليل ٢٧١/٢.

(٢) أخرجه البيهقي (١٠٤/٨) موقوفا على ابن عباس. وذكره الزيلعي في نصب الراية (٣٧٩/٤) وقال: غريب مرفوعا.

صدرت من غيرها ومؤاخذة غير الجاني بالجاني مما يأباه العقل، ولكن إنما أوجبنا الدية الكبيرة على العاقلة في القتل والجراحات العظام لأحد المعنيين؛ إما لأن القتل والجراحات العظام لا توجد إلا بالتناصر والتعاون غالبا فالشرع ألحق أهل النصرة والتعاون حالة الخطإ والنسيان، ولهذا لم يجب على الصبيان والنسوان لأنهم ليسوا من أهل التناصر والتعاون، وإما لأن الدية الكثيرة متى أخذت من القاتل وهو معذور في القتل أدى إلى الإجحاف باستئصال جميع ماله وصيرورته كلًّا وعيالًا على الناس إذ لا يقدر على تحصيله وإتقانه غالبا فالشرع أوجب على العاقلة على كل واحد قطعة يسيرة لنوع تقصير وجد من جهتهم حتى لا يستأصل القاتل ولا يصير كلًّا وعيالا على الناس وهذان المعنيان لا يتحققان في الدية اليسيرة فأوجبنا الدية اليسيرة في مال الجاني كما هو قضية القياس كما في إيجاب ضمان سائر العدوانات وقدر بالقليل بما دون أرش الموضحة؛ لأنه غير مقدر شرعا، فإنه مال كثير وجب بالجراحات الصغار كالخدشة ونحوها ولا يحتاج إلى التناصر والتعاون فيها ولا يؤدي إلى استئصال الفاعل والإجحاف به وحكومة العدل لا تتحملها العاقلة، فإن كانت مثل أرش الموضحة أو أكثر؛ لأنه ليس لها أرش مقدر وإنها تعرف بالحزر والظن فيدخل فيها الزيادة والنقصان وقيل إن كانت بحيث يعلم يقينا أن فيه أرش الموضحة تتحمله العاقلة وهذا يشكل بما لو قطع مفصلين من إصبع له ثلاثة مفاصل، فإنه لا تتحمله العاقلة، وإن كان أرشه مقدر شرعا بيقين فهو مقدار أرش الموضحة وهذه المسألة تدل على أن حكومة العدل وإن كانت زائدة على أرش الموضحة لا تتحملها العاقلة.

وجناية الصبي والمجنون عمدًا كان أو خطأ على عاقلتهما، وقال الشافعي في العمد تجب في ماله.

والصحيح قولنا؛ لأن عمده وخطأه سواء؛ لأنه لا يلحقه إثم ووزر فلا توصف أفعاله بالحرمة والخطر بل الصبي عذره فوق عذر الخطإ؛ لأن الخاطئ جائز المؤاخذة والصبي لا فكان مؤاخذته وملاحظته بالنظر أكبر وأوفر وآثم وصيانته عن استئصال ماله أحق وألزم، وفي قتل النائم الدية على عاقلته بأن انقلب على إنسان فمات أو كان بيده سكين فقتل به؛ لأنه ليس له قصد ولا عزم، ولا يعقل مسلم عن

كافر ولا كافر عن مسلم؛ لأنه لا تعاون ولا تناصر فيما بين أهل الكفر وأهل الإسلام بل بينهم معاندة ومباغضة.

ولو قضى القاضي على المقر في ماله ثم قامت بينة على قتله لم يقض على عاقلته؛ لأن القياس يأبى وجوب الدية على العاقلة وإنما أوجبها على العاقلة إذا لم يقض بالمال على القاتل ويعد القضاء بالمال على القاتل لم يرد الشرع بإيجاب العقل على العاقلة فينتفى بقضية القياس ولم لم يقض بالإبل حتى جعل عطاياهم بالدراهم قضى بالدراهم دون الإبل.

(فصل)

من كان ديوانه مع قوم فلم يقض حتى حول ديوانه إلى قوم آخرين قضى على الآخرين؛ لأنه يعتبر عاقلة القاتل الآخر يوم القضاء لا يوم الجناية.

ولو قضى ثم حول إلى قوم آخرين أو كانت عاقلته أهل الكوفة فقضى عليهم ثم حول إلى أهل البصرة لا يبطل القضاء على الأول؛ لأن القضاء بالعقل على العاقلة الأول قد صح فلا ينقض قضاؤه ما لم يظهر خطؤه بيقين ولم يظهر؛ لأنها عاقلته وقت القضاء.

ولو ضمنت عاقلة الأم عن ولد الملاعنة ثم أكذب الأب نفسه رجعت عاقلة الأم على عاقلة الأب في ثلاث سنين من يوم قضى عليهم؛ لأن الملاعن لما ادعى نسب الولد وصحت دعوته استندت دعوته إلى وقت العلوق لأن دعوته دعوة استيلاد فتستند إلى وقت العلوق فظهر أن عاقلة الولد حتى عاقلة أبيه لا عاقلة أمه إلا أن دعوته لم تصح في حق استرداد المال من ولي الجناية؛ لأنه ينفك عن ثبات النسب وصيرورة عاقلة أبيه عاقلة له لا ينفك عن ثبات النسب فصحت الدعوة فيها؛ لأن الملاعن مناقض في الدعوى، فإنه نفى الولد ثم ادعاه ثانيا والمناقضة تمنع صحة الدعوى إلا في النسب وأحكامه التي لا تنفك عنه ويرجعون بالدية مؤجلا عندهما.

وعند أبي حنيفة: يرجعون بما أدوا من الدية حالا، وهذا بناء على أن عنده الدم لا يملك بأداء الضمان في حق ملك البدل فيكون الرجوع فيه بدل المؤدي لا بدل

الدم ومن أدى دينا عن غيره وهو مجبر على أدائه، فإنه يرجع بما أدى عنه حالا وعندهما الدم يملك بالضمان في حق ملك بدله لما عرف في مسألة شهود القصاص إذا رجعوا وكان لهم الرجوع بالدية مؤجلا فيكون بدل الدم وبدل الدم يجب مؤجلا.

وكذلك إذا مات المكاتب وله ابن حر فعقلت عاقلة الأم عن الأم ثم أديت الكتابة رجعت عاقلة الأم على عاقلة الأب؛ لأن المكاتب لما أعتق يتحول ولا الولد إلى مولى الأب فظهر أن عاقلة الولد كان عاقلة الأب.

ولو كان الأب عبدًا في قبيلة والأم في الأخرى فلم يقض حتى عتق الأب جرّ ولاءه والدية على عاقلة الأم ولا يرجعون بها؛ لأن ولاء العتاقة أثر من آثار الملك، وفرع من فروعه وأثر الشيء يلحق بأصله وهو الملك والأصل أن الجناية متى وجدت في ملك لا يتحول إلى ملك آخر حادث بعد الجناية كالولي إذا باع العبد الجاني من غيره لا تتحول الجناية إلى ملك المشتري فكذلك ما هو ملحق بالملك معتبر به.

ولو قضى بدية على أهل ديوان ثم لحق بهم قوم شاركوهم في الغرامة إلا فيما سبق من الأداء؛ لأن القاضي قضى بالعقل على عاقلة القاتل وقد مضى القضاء ونفذ كذلك عليهم إلا أنه كثر عددهم فلم يتضمن القضاء بالمشاركة معهم في العقل.

(فصل)

رجل أسلم على يدي رجل فوالاه فجنى فقضى عليه أم لا حتى أسر أبوه وأعتق جرّ ولاء ولده والدية على عاقلة مولى الموالاة ولا يرجعون بها؛ لأن هذا ولاء عتاقة حدث للولد بعد الجناية ولا تتحول إليه الجناية كما لو حدث ملك آخر بعد الجناية، فإنه لا تتحول الجناية إلى الملك الحادث فكذا هذا قال أسلم ولم يوال أحدا حتى جنى ثم والى رجلًا ثم قتل آخر كانت الديّتان على بيت المال؛ لأنه حوّل ولاءه إلى غيره بعدما وجب عقل جنايته في بيت المال ولا يصح تحويله كما لو عقد مع إنسان عقد الولاء وعقد عنه مولى الموالاة ثم حول ولاءه إلى غيره لا يصح ولو حفر بئرًا ثم والى غيره ثم وقع في البئر رجل كانت ديته في ماله ولا يعقل عنه

بيت المال بخلاف ما لو رمى بسهم أو حجر خطأ وقبل الإصابة والى رجلًا وعاقده ثم وقعت الرمية فقتلت رجلًا وجب العقل في بيت المال. والفرق أن في الرمي سبب الجناية وقد تحقق بحيث لا يمكن رده والجناية تستند إلى رميه إن لم تتحقق الجناية قبل الإصابة، وإذا تحقق سبب الجناية كان بمنزلة ما لو تحققت الجناية ثم والى رجلًا كانت الموالاة باطلة وفي الحفر لم تتحقق سبب الجناية لا يمكن رده؛ لأن الحفر مما يمكن رده ورفعه بالكبس فصار عاقدا الموالاة قبل تحقق الجناية فصحت الموالاة وصار مولى له ولا يمكن إيجاب عقله في بيت المال.

ولو والى رجلًا ثم قتل رجلًا خطأ ثم تحول عنه قبل أن يعقل كانت الدية على الثاني؛ لأنه صح تحويل الولاء إلى غيره.

ولو حفرت أمة من بني تميم ثم ارتدت ثم سبيت فاشتراها رجل ضمن بنو تميم؛ لأنه انتقلت من ولاء إلى ولاء بسبب حادث فلم تتحول جنايته عن الأول.

(باب القسامة)

(المبسوط): يحتاج إلى مشروعية القسامة، وإلى تفسيرها، ومن تجب عليه، ومقدار ما يجب على كل واحد.

أما الأول: القسامة مشروعة في القتيل الذي توجد فيه علامة القتل من الجرح وغيره ولم يعرف له قاتل كما رُوي أن عبد الله بن سهل وجد قتيلا في قليب من قلب خيبر، فجاء أولياؤه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا ذلك له فقال: **"يحلف لكم خمسون رجلًا من اليهود بالله ما قتلوه، ولا علموا له قاتلا، فقالوا: لا نرى بأيمان قوم من المشركين، فكره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يطلب دمه فقاده من عنده بمائة من إبل الصدقة من الأسنان التي توجد في الصدقات"**.

ورُوي عن عمر رضي الله عنه أنه وجد قتيلا بين خَيْوان ووادِعة وهما قريتان، فأمر عمر أن يقاس بين القريتين فكان إلى وادعة أقرب فقضى بالقسامة والدية على أهل وادعة، وحلف خمسون رجلًا فحلفوا، فغرمهم الدية، فقال وادعي لعمر: لا أيماننا تدفع عن أموالانا ولا أموالنا تدفع عن أيماننا، فقال له عمر: قد حصنتم دماءكم بأيمانكم فيم بطل دم صاحبكم.

وأما تفسيرها: فإذا وجد قتيل فلا يخلو إما أن وجد في محله أو بين قريتين أو في مفازة أو في نهر أو في عسكر أو في ملك رجل، فإن وجد في محلة قوم اختار الأولياء خمسين رجلًا بينهم من الصالحين دون الطالحين فيحلفونهم ويغرم أهل المحلة الدية.

وقال الشافعي: كذلك إن لم يكن بينه وبين أهل المحلة عداوة ظاهرة، وإن كان بينهما عداوة يحلف الولي خمسين يمينا إن كان واحدا، وإن كانوا جماعة فعلى قدرهم ويقضى لهم على المُدَّعَى عليه بالدية.

وقال مالك: يقضي بالقصاص وكلا القولين مخالف للأحاديث المشهورة ولإجماع الصحابة ولأن المدعِي منهم في الدعوى والحلف؛ لأنه ذو غرض يريد استجلاب المال واستيفاء القصاص خصوصا إذا كان بينه وبينهم ضغينة وعداوة تحمله على اليمين الكاذبة وقول المتهم لا يكون حجة للاستحقاق أصلا ولأن حفظ المحلة وصيانتها عن القتل والنوائب واجب على أهل المحلة وصون دم المعصوم المحترم عن القتل والهدر واجب ما أمكن تعظيما وتكريما للآدمي فالشرع ألحق أهل المحلة بالقتلة لترك حفظ المحلة وصونها عن هدم البينة المحترمة في حق وجود الدية صونًا وحقنًا للدماء المعصومة المحترمة والمقصود من القسامة استظهار الحق واستكشافه وتحليف خمسين رجلًا أبلغ في تحصيل هذا المقصود من تحليف الواحد المتهم الطالب للمغرم، وإن لم يكملوا خمسين كرر عليهم الأيمان؛ لأن المشروع في الأيمان خمسون يمينا فمتى تعذر تحليف خمسين رجلًا أمكن إقامة خمسين يمينا مقامهم ويحلف كل واحد بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا؛ لأن المقصود من القسامة أن يتورع الحالف عن اليمين الكاذبة فيقر بالقتل فيقبض والجمع بين الأمرين أبلغ في تحصيل هذا المقصود ويجب أن يختاروا من الصالحين؛ لأن القسامة إنما شرعت لاستعظام شأن الدم واستظهار أثره ليظهر القاتل فيقتص به للإخبار واستظهار القتل واستيضاحه باستحلاف الصالحين لأنهم يتورعون عن اليمين الكاذبة دون الطالحين، فإن لم يوجد في المحلة من الصلاح خمسون رجلًا. رُوي عن محمد: أنه لا يكرر الأيمان على الصالحين بل يضم إليهم

من طالحي العشرة ما يكمل به خمسين رجلًا؛ لأن المأخوذ علينا شيئان لمراعاة عدد الأيمان ومراعاة عدد الحالفين فمهما قدر على مراعاتهما لزمه ولزم أن يختار والمحدود في القذف والأعمى؛ لأنه ربما يكون أورع وأصلح من غيره وأنه من أهل اليمين.

ولو ادعى على واحد من أهل المحلة أنه قتله فالقسامة والدية على أهل المحلة؛ لأن أهل النصوص لا توجب التفضيل بينهما إذا وجد الدعوى على الكل أو على البعض بخلاف ما لو ادعى على غير أهل المحلة؛ لأن وجوب القسامة على أهل المحلة عرفناه نصًا لا قياسا ولا نص فيما إذا ادعى القتل على غيرهم فيرد إلى قضية القياس.

وذكر في (النوادر): إذا وجد قتيل في محلة فزعم أهل المحلة أن رجلًا منهم قتله ولم يدع الولي على واحد منهم بعينه فالقسامة والدية على أهل المحلة ثم كيف يحلفون عند أبي يوسف؟ يحلفون بالله ما قتلنا لا غير، ولا يحلفون بالله ما علمنا له قاتلا لأنهم أقروا بقاتله على العلم، وعند أبي حنيفة ومحمد يحلفون بالله ما قلنا ولا علمنا له قاتلا غير فلان وهذا هو الأحوط وعليه الفتوى لأن استحلافهم على العلم يفيد لجواز أنهم عرفوا قاتلا آخر مع فلان وإنما عينوا فلانا ليسقطوا اليمين عن أنفسهم في حق غيره فيجب أن يحلفوا على العلم ويستثنوا منه فلانا؛ لأن الاستحلاف على العلم في حق فلان لا يفيد وفي حق غيره يفيد، وإن أبى اليمين يحبس للحلف، وإن ادعى على رجل من غير تلك القبيلة فيشهد شاهدان من القبيلة التي وجد فيها، لم تجز شهادتهما عند أبي حنيفة ولا يثبت القتل على المدعِي قبله إلا أنه تبرأ أهل المحلة عن القسامة والدية وعندهما تقبل شهادتهما وهذا بناء على أن أهل المحلة صاروا خصما بوجود القتيل بين أظهرهم قبل دعوى الولي أم لا فعنده صاروا خصماء وعندهما لا يصيروا بل يعرض أن يصيروا خصماء لهما أن صيرورة الإنسان خصما في حادثة إما بالمخاصمة أو بوجوب الحق عليه ولم توجد المخاصمة معهم، فإن الولي لم يخاصمهم ولم يجب عليهم القسامة والدية بمجرد وجود القتيل بين أظهرهم؛ لأن المدعِي لما ادعى القتل على غيرهم فقد أبرأهم عن القتل بدون الدعوى ولم توجد الدعوى في القسامة حتى يطلب دعواه عليهم فلم يبقوا خصماء له وشهادة غير الخصم تقبل له أن بوجود القتيل بين

أظهرهم قبل الدعوى وجبت القسامة والدية عليهم؛ لأنه لا يجوز أن يضاف الوجوب إلى الدعوى؛ لأنه لا يأمر للدعوى في الاستحقاق فعلم أن الوجوب بوجود القتلى بين أظهرهم فصاروا خصماء للمدعي بوجوب الحق عليهم ولا تقبل شهادتهم وإن خرجوا عن الخصومة بدعوى الولي القتل على غيرهم كالوكيل بالخصومة إذا شهد لموكله فيما خاصم فيه بعد العزل لا تقبل ولأنهم متهمون بالقتل؛ لأن تهمة القتل لا تندفع عنهم مع وجود القتيل بين أظهرهم إذ يجوز أن يخفى على أولياء القاتل فيقع عندهم أن القاتل من غير أهل هذه المحلة فشهد بعضهم على القتيل ليندفع عنهم تهمة القتل ولا شهادة للمتهم، ولو وجد نصف القتيل فلا قسامة حتى يكون أكثر من النصف؛ لأن لو أوجبنا القسامة لأجل النصف، فإذا وجد النصف الآخر في محلة أخرى يجب لأجله أيضًا القسامة والدية فيؤدي إلى تكرارهما بسبب نفس واحدة وهذا لا يجوز بخلاف ما إذا وجد الأكثر؛ لأن للأكثر حكم الكل لا للأقل فلا يجب القسامة متى وجد الأقل في محلة أخرى.

القتيل قنّ أو مكاتب وجبت القسامة وقيمته في ثلاث سنين؛ لأن العبيد بمنزلة الأحرار في حق الدماء.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه لا شيء عليهم لأنهم في حكم الأموال عنده ولا قسامة في الجنين والدابة؛ لأنه لا نص فيه فبقي على قضية القياس، وأما إذا وجد بين قريتين فالقسامة والدية على أقربهما منه لما روينا ولأن الأقرب أقدر على الحفظ من الأبعد.

وذكر هلال الرازي في كتاب الوقف وأبو الحسن الكرخي عن أصحابنا: هذا إذا كان في موضع يسمع منه الصوت؛ لأنه يجب عليهم العون، وإن كان بحال لا يسمع الصوت منه فلا شيء على أحدهما. وأما إذا وجد في فلاة في أرض، فإن كان ملكًا لإنسان فهو على المالك وعلى قبيلته، وإن لم يكن ملكًا لأحد، فإن كان يسمع فيه الصوت من مصر من الأمصار فعليهم القسامة، وإن كان لا يسمع، فإن كان للمسلمين فيها منفعة للاحتطاب والاحتشاش والكلأ فالدية على بيت المال؛ لأنها في أيدي المسلمين، فإن انقطعت عنها منفعة المسلمين فدمه هدر وكذلك إذا وجد في المفازة وليس يقر بها عمران. فأما إذا وجد القتيل في نهر عظيم كدجلة والفرات

فدمه هدر وإن وجد في نهر صغير لقوم فعليهم؛ لأن العظيم ليس تحت حفظ أحد وولايته والصغير تحت ولاية قوم وملكهم، ولو وجد على شط النهر العظيم فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع من حيث يسمع الصوت القسامة والدية؛ لأن هذا الموضع تحت يد أقرب القرى إليه فإنهم يأخذون منه الماء ويشرعون في الماء ويغرسون الأشجار عليه، وإن كان في موضع انبعاث الماء فديته في بيت المال؛ لأن موضع انبعاث الماء في أيدي المسلمين كما لو وجد في فلاة ينتفع بها المسلمون، وإن وجد في سفينة فعلى أهل السفينة سكانها وملاكها؛ لأن الحفظ والرأي والتدبير إلى الكل وملّاكها قادرون على حفظها يحفظونها. وقيل يكون على سكانها دون ملّاكها؛ لأن السفينة لا تستقر في مكان ولا يقدر صاحب السفينة على حفظها فلا يكون الحفظ عليه بل الحفظ على الركاب فكذلك إذا وجد على عجلة أو دابة يسوقها رجل كان على السائق والقائد والراكب كما يكون على الحامل؛ لأنه في أيديهم فصار كوجوده في دارهم إلا أن في الدار يجب على الملاك دون السكان؛ لأن الرأي والتدبير في الحفظ إلى الملاك والسكان كأتباع لهم وفي الدابة الرأي والتدبير والحفظ إلى صاحبها وسائقها وقائدها وراكبها لا إلى ملّاكها.

ورُوي عن أبي يوسف: هذا إذا كان السائق يسوق الدابة محتشمًا مختفيًا سرًّا؛ لأن الظاهر أنه هو القاتل، وإن كان يسوقها غير محتشم نهارا جهارا لا شيء عليه؛ لأن الإنسان قد يحمل أباه أو ابنه أو واحدا من أقاربه وينقله من بلد إلى بلد ليدفنه فيه وظاهر حاله في السوق يدل عليه فلا نجعله قاتلا، وإن لم يكن معها أحد كان على أهل المحلة التي وجدت الدابة فيها؛ لأن الدابة في يد أهل المحلة. ولهذا لو ادعوا أنها دابتهم فالقول لهم، وأما إذا وجد في سوق أو مسجد جماعة كان في بيت المال إذا كان السوق للعامة أو للسلطان، فإن كان مملوكا لقوم فالقسامة والدية عليهم. وأراد بالمسجد المسجد الجامع ومسجد جماعة في السوق لعامة المسلمين، وإن كان في مسجد فعلى أهل المحلة؛ لأن التدبير إليهم لا إلى الإمام، وأما إذا وجد في معسكر في فلاة مباح، فإن وجد في خيمته أو فسطاط فالقسامة والدية على من يسكنها؛ لأنه في يده كما في الدار، وإن كان خارجًا منها فعلى

القبيلة التي وجد فيها القتيل؛ لأنهم لما نزلوا قبائل في أماكن مختلفة صارت الأمكنة بمنزلة المحالّ المختلفة في المصر، ألا ترى أنه ليس لغيرهم إزعاجهم عن هذا المكان، ولو وجد بين القبيلتين فعلى أقربهما، فإن استويا فعليهما كما لو وجد بين المحليين أو بين القريتين هذا إذا نزلوا قبائل متفرقين، فإن نزلوا جملة مختلطين ووجد القتيل خارج الخيام فعلى أهل العسكر كلهم؛ لأنهم لما نزلوا جملة صارت الأمكنة كلها بمنزلة محلة واحدة؛ لأن الأمكنة كلها منسوبة إلى جميع العسكر لا إلى البعض، وإن كان العسكر في أرض رجل فالقسامة والدية عليه؛ لأن العسكر في هذا المكان بمنزلة السكان والقسامة والدية على الملاك دون السكان بالإجماع وهما سويًا بين هذه والدار وأبو يوسف فرَّق، فإن عنده في الدار يجب على السكان دون الملاك وهنا يجب على الملاك والفرق أن العسكر نزلوا في هذا المكان للانتقال والارتحال لا للقرار وما لا قرار له وجوده وعدمه بمنزلة. فأما السكان في الدار للقرار لا للانتقال والقرار فلا بد من اعتباره، وإن كان أهل العسكر قد لقوا عدوهم فلا قسامة ولا دية؛ لأن الظاهر أنه قتيل العدو. قوم اقتتلوا بالسيوف بالعصبية فأجلوا عن قتلى فهو على أهل المحلة؛ لأن حفظ المحلة عن مثل ذلك واجب عليهم، وإذا لم يعرف من قاتل باشر قتله لاحتمال أن يكون بين واحد من أهل المحلة وبينه عداوة وضغينة فقتله جعل عليهم القسامة والدية إلا أن يدعي أولياء القتيل على أولئك أو رجل بعينه فيضمن ذلك براءة أهل المحلة عن الدية، ولو جرح في قرية، ولو نزل صاحب فراش حتى مات كانت فيه قسامة ودية، فإن كان يذهب ويجيء هدر دمه؛ لأنه متى تخلل بين الجرح والموت صحة وبرئوا فلا يمكن إضافة الموت إلى الجرح؛ لأن المرض لم يحدث من الجراحة؛ لأنها تعقبها الصحة فجعل ميتا حتف أنفه، وإذا لم يتخلل بينهما صحة أمكن إضافة الموت إلى الجرح؛ لأن مرض الموت حدث من الجراحة وكان مضافا إليه، ولو جرح في محلة أو قتله فحمل مجروحا وجاء ومات في محلة أخرى من تلك الجراحة فالقسامة والدية على أهل المحلة التي جرح فيها؛ لأن القتل حقيقة وجد في المحلة الأولى

دون الأخرى؛ لأن أثرها انزهاق الروح من متولدات فعله وفعله الجرح فاتصل وانتمى الانزهاق إلى فعله فصار فعله قتلا، ولهذا أوجب القصاص ولو علم قاتله.

رجل جريح فحمله إنسان إلى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الحامل عند أبي يوسف وفي قياس قول أبي حنيفة يضمن وهذا بناء على ما إذا جرح في قبيلة ثم مات في أهله في قبيلة أخرى؛ لأن يده بمنزلة المحلة فصار وجوده جريحا في يده كوجوده جريحا في محلة، وأما إذا وجد في ملك رجل كالدار والحانوت والكرم والأرض فالقسامة على صاحب الملك وقومه والدية على عاقلته؛ لأن حفظ الدار والملك عليه وهو أحفظ وأصون من غيره؛ لأنه هو المختص بالرأي والتدبير في ملكه فيكون هو الجاني بترك حفظ الدار عن النوائب والبوائق دون العاقلة ولم يذكر إذا كانت العاقلة غيَّبًا.

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب: أن القسامة عليهم وعلى عاقلتهم غيَّبًا كانوا أو حضورا، وعند أبي يوسف القسامة على العاقلة.

وذكر الكرخي: إن كانت العاقلة حاضرة في المصر دخلوا في القسامة، وإن كانت غائبة فالقسامة على صاحب الملك وقومه تكرر عليهم الأيمان.

لأبي يوسف: أن صاحب الدار أصون وأحفظ من غيره فلا يشاركه غيره في القسامة كأهل المحلة.

لهما: أن العاقلة لزمتهم نصرة الموضع وحفظه كنصرة رب الدار فيشاركونه في القسامة، وإن كان الملك بين الرجلين فالدية نصفان، فإن كان نصيب أحدهما أكثر؛ لأن حفظ الملك عن القتل فيه عليهما على السواء ولا عبرة لكثرة الملك وقلته، وإذا وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة إذا كانت عاقلته، ورثته، وعندهما: لا دية عليهم؛ لأنه يحتمل أنه كان قاتلا نفسه ومن قتل نفسه يهدر دمه فتمكنت إليه شبهة عدم الوجوب فلا يجب بالشك.

له: أن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه فكيف يمكن أن يجعل قاتلا نفسه حكما بترك حفظ الدار؛ لأن العاقلة أقرب الناس إلى هذه الدار وأقواهم على حفظها وصونها للمواصلة بينه وبينها فيجعل عاقلته قبيلته صونا لدمه عن الهدر تعظيمًا

لأمره وإبانة للخطر وهذا كما لو وجد جميع أهل المحل قتلى تجب الدية على عواقلهم وتسقط القسامة فكذا هذا، وإذا وجد قتيل في محلة خربة ليس فيها أحد وبقربها محلة عامرة فيها أناس كثر تجب القسامة والدية على أهل المحلة العامرة؛ لأنها أقرب إليه، ولو وجد قتيل في دار من لا تقبل شهادته له أو امرأة في دار زوجها ففيه قسامة ودية ولا يحرم الإرث؛ لأنه لو قتله مباشرة ضمن فكذا إذا صار قاتلا له حكما بترك حفظ الدار. ولو وجد قتيل في دار امرأة كرر عليها خمسين يمينا والدية على عاقلتها عند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يضم إليها أقرب القبائل منها فيقسمون ويعقلون.

وذكر القدوري: أن عند أبي يوسف لا تقسم المرأة ويكون على أقرب القبائل.

لأبي يوسف: أن المرأة ليست من أهل النصرة وحفظ الدار عن القتل بنفسها لضعف بنيتها وقصور رأيها فلا تقدر على الحفظ لغيرها؛ لأن الناس لا يأتمرون بأمرها، ولهذا لا تقبل المرأة في القسامة إذا كانت صاحبة حطة في محلة ولا يكون حفظ دارها عليها وحدها بل يكون عليها وعلى عاقلتها.

لمحمد: أن المرأة من أهل الاستحلاف في الحق ومن أهل المشاركة في الدية فإنها إذا قتلت رجلًا خطأً تشارك العاقلة في الدية وهي من حفظ دار نفسها بغيرها بكمال عقلها وهي أصل في الرأي والتدبير في أسباب دارها فيكون حفظ دارها عليها كما في الرجل.

ولو وجد قتيل في قرية أو دار لأيتام، فإن كان فيهم كبير فالقسامة عليه والدية على عاقلتهم؛ لأن حفظ القرية على الكبير، فإن لم يكن فيها كبير فالقسامة والدية على عاقلتهم؛ لأن الصبي لا يقدر على حفظ داره عن القتيل فيها لقصور عقله ورأيه ولعدم عقله إذا كان رضيعا بل حفظ داره على عاقلته، ولو وجد المكاتب قتيلا في دار نفسه يهدر دمه؛ لأنه لا عاقلة له لو وجب لوجب عليه؛ لأنه عاقلة نفسه وأنه غير ممكن، وإن وجد في دار مولاه فصار قاتلا له حكما بترك حفظ داره ولو قتله مباشرة ضمن قيمته فكذا هذا ولا تتحمله العاقلة؛ لأنه قتل قنًا في حقهم؛ لأن الضمان إنما وجب عليه بعقد الكتابة لولا عقد الكتابة لما وجب عليه الضمان فلم يظهر أثر هذا العقد في حق العاقلة فصار في حقهم كالقنّ.

ولو وجد العبد قتيلا في دار مولاه فدمه هدر لما عرف، ولو وجد قتيل في دار مكاتب فعليه القسامة والدية ويسعى في الأقل من قيمته ومن الدية؛ لأن وجود القتيل في داره كمباشرة القتل منه والحكم في المباشرة هذا. ولو وجد قتيل في دار عبد مأذون له في التجارة وعليه دين أو لا دين فالقسامة على المولى والدية على عاقلته استحسانًا؛ لأن العبد لو أقر بالجناية خطأ يجرُّ إقراره على المولى والاستحلاف إنما شرع في موضع لو أقر به لزمه، فإذا أنكر يستحلف عليه، فإذا لم يصح إقراره لم يكن استحلافه مفيدا فيجب على المولى؛ لأن الملك له فلا ملك للمولى فيما في يده عند أبي حنيفة فينبغي أن لا تجب القسامة عليه قياسا ويجب استحسانًا؛ لأنه تعذر إيجابه على العبد وتعذر الإيجاب على الغرماء؛ لأنه لا ملك لهم في نفس الدار والمولى أقرب الناس إليه والقسامة تعتبر فيها الأقرب فالأقرب.

ولو وجد في قرية لذمي تكرر عليه اليمين وعليه الدية في ماله والدية على أهل الحطة وليس على السكان ولا على المشتري شيء ما بقي من أهل الحطة أحد عندهما، وقال أبو يوسف: على الكل، فإن باعوا كلهم فعلى المشترين؛ لأن حفظ المحلة عن القتل واجب على الكل، فإذا لم يحفظوا جعلهم الشرع جناة قتلة بترك الحفظ حتى لا يهدر الدم تعظيما له وقد استووا الكل في سبب استحقاق القسامة والعقل فيستوون في القسامة، لهما: أن حفظ المحلة يكون على أصحاب الحطة دون غيرهم؛ لأن عاقلة المحلة أصحاب الحطة لأنهم أصل السكان والمشتري دخيل فكان الأصيل أولى بولاية الحفظ والتدبير.

وذكر في (**الجامع الصغير**): فيمن اشترى دارا فلم يقبضها فوجد بها قتيلًا فالدية على عاقلة التابع، وإن كان في البيع خير لأحدهما فالدية على عاقلة من في يده الدار عند أبي حنيفة وعندهما إذا لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة المشتري، وإن كان فيه خيار فعلى عاقلة من تصير الدار له، وقال زفر الدية على عاقلة المشتري إلا أن يكون للبائع فيه خيار فعلى عاقلة من تصير الدار له فتكون الدية عليه. زفر: اعتبر الملك للحال؛ لأن ولاية الحفظ تنشأ عن المال فيعتبر قيام الولاية حالة القتل، وهما اعتبرا الملك، والملك وإن كان ثابتًا للحال لكن الخيار يمنع الاستقرار، فإذا أسقط الخيار يصير كأنه لم يكن وأبو حنيفة اعتبر البدلين القدرة الحقيقية على الحفظ.

وإنما تكون باليد وما دامت في يد البائع وهذه اليد عين ما كانت قبل البيع. ولا يدخل في القسامة إلا العاقل البالغ الحر ولا يلزم النساء والذرية والمماليك من القسامة والدية شيء؛ لأن النص ورد بإيجاب القسامة على الرجال الأحرار المكلفين وهم أصل في حفظ المحلة والنصرة وهو لأتباع لهم، ولا يكون النص للوارد في الأصول واردًا في الأتباع دلالة ولا على من ليس له ديوان؛ لأنه ليس له عاقلة، ولا يؤخذ من الرجال أكثر من أربعة دراهم كل سنة كما مر في باب العقل، وقال الشافعي: يجب على الغني نصف دينار وعلى وسط الحال ربع دينار.

(**النوادر**): ولو وجد قتيل في أرض أو دار موقوفة على معلوم فالقسامة والدية على أربابها، وإن كانت موقوفة على المسجد وهو كما لو وجد في المسجد فيجب على أهل المحلة القسامة والدية. رجلان كانا في بيت ليس معهما ثالث فوجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف: ضمن الآخر الدية؛ لأن الظاهر أن الإنسان لا يقتل نفسه وإنما قتله الآخر، وقال محمد: لا يضمنه؛ لأنه يحتمل أن القتيل قتل نفسه ويحتمل أن يكون الآخر قتله، وإن كان احتمالًا موهومًا فلا أضمنه بالشك.

ورُوي عن أبي يوسف: إذا كانت الدار مفرغة وهي مغلقة فوجد فيها قتيل فالقسامة والدية على عاقلة رب الدار وهو قول أبي حنيفة وأبو حنيفة يعتبر الملك دون السكنى فصار وجود السكنى وعدمه بمنزلة، وأبو يوسف يرجح السكنى على الملك عند الاجتماع، فإذا لم يكن ثمة سكنى يعتبر الملك بالإجماع. وقال أبو حنيفة: في القتيل يوجد في السجن لا يعرف من قتله فالدية على بيت المال، وقال أبو يوسف: القسامة والدية على أهل السجن؛ لأنهم سكان وولاية التدبير إليهم فالظاهر أن القتيل وجد منهم، لأبي حنيفة أن أهل السجن مقهورون مستضعفون ولا يتناصرون بعضهم ببعض.

فالإمام أخص وأحق بحفظه ونصره ومنفعة السجن عائدة إلى المسلمين؛ لأنه وضع لاستيفاء حقوقهم وإقامة حدودهم ودفع الضرر والمطل عنهم فيجب الدية في مالهم والله أعلم.

كتاب الجنايات

(باب جناية العبد)

(المبسوط): فيه فصول:

فصل في جناية العبد على الحر.

وفصل في جناية الحر على العبد.

وفصل في جناية العبد على العبد.

(فصل)

اختلف مشايخنا في موجب جناية العبد قال بعضهم: موجبها الدية والأرش، وإن النصوص مطلقة ولا يفصل بين الحر والعبد ولكن للمولى أن يتخلص عنه بدفع العبد؛ لأن الظاهر أنه لا يقدر على أداء الدية أو يؤدي إلى استئصاله وافيا به جوعا وعريا من غير جناية صدرت منه ولا وجه إلى إهدار دم الآدمي المحترم والشرع أثبت له ولاية التخلص عن نقد الضمان يدفع العبد بدلا عن الدية صيانة للدم عن الهدر.

وقال بعضهم: موجب جنايته هو دفع العبد للمولى للتخلص عنه بالفداء وهو الدية أو الأرش حتى لو هلك العبد برئ المولى ولو كان الواجب أحدهما الدفع أو الفداء لا يبرأ المولى ويتعين عليه الفداء؛ لأن الأصل في ضمان العدوانات المماثلة والمعادلة ولا مماثلة بين النفس والمال وبين النفس والنفس مماثلة صورة ومعنى؛ لأن كل واحد منهما آدمي مكلف لتحمل الأمانات فوجب أن يكون المستحق بإتلاف النفس ورقبة العبد مما يقبل الاستحقاق والتمليك فصارت رقبته مستحقة بالجناية بخلاف الحر؛ لأن رقبته لا تقبل التمليك بحال فأوجبنا المال بخلاف القياس صونا للدماء المحترمة عن الإهدار ويجب على المولى دفع العبد إن شاء،

وإن شاء فداه بالدية، وعند الشافعي يجب في ذمة العبد يباع فيها إلا أن يفديه المولى كما في المال.

والصحيح قولنا لما روي عن علي وابن عباس رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم حكم في عبد جنى جناية، أمر المولى بدفع العبد بها، وهو مذهبهما ولأن الجناية صدرت من العبد إلا أن العبد لا يقدر على أداء الدية لفقره وعسرته فأوجبنا على المولى دفعه؛ لأن عليه حفظه وصيانته عن الجناية صونًا للدم عن الهدر ودفعًا لوحشة القتل عن أولياء القتيل إلا أن حقهم تعلق بمالية العبد لا برقبته ودمه وكان للمولى تخليص العبد بالفداء لما فيه إيفاء حقهم وزيادة ويسقط الواجب بهلاك العبد؛ لأن الحق متعلق برقبته فيبطل بفوات محله كهلاك مال الزكاة وكهلاك التركة إذا تعلق بها دين، ولو مات بعدما اختار المولى الفداء لم يبطل؛ لأن الحق قد تحول من عين العبد إلى ذمة المولى؛ لأنه متى اختار الدية تعين الواجب عليه، ولو جنى العبد على جماعة، فإن شاء المولى دفع إليهم وكان مقسوما على قدر حقوقهم في الأرش، وإن شاء أمسك وغرم الجنايات؛ لأن تعلق حق الأول لا يمنع تعلق حق الثاني؛ ألا ترى أن حقيقة الملك للمولى لا يمنع تعلق الحق فحق الملك أولى وصار كديون الغرماء وللمولى إن تعدى بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق حقه بخلاف ما لو قتل العبد خطأ وله وليان فاختار المولى الفداء لأحدهما والدفع إلى الآخر لم يكن له ذلك ثمة، الحق متحد يجب للمقتول لانتقل إلى الورثة بطريق الخلافة عنه فلا يملك تفريق موجب الجناية المتحدة وهنا الجنايات مختلفة وللمولى خيار الدفع أو الفداء فيملك تعيين أخذ الموجبين في كل جناية.

ولو قتل إنسانا وفقأ عين آخر وقطع يده دفع العبد أثلاثًا؛ لأن الاستحقاق بقدر الحق وحق المقتول في كل العبد وحق المفقوءة عينه في نصفه وكذلك إذا شج ثلاثة شجاجا مختلفة دفع إليهم وقسم بينهم بقدر جناياتهم.

ولو جنى العبد جنايات فغصبه إنسان فجنى في يد الغاصب جنايات فمات في يده فالقيمة بين أصحاب الجنايات تقسم كما تقسم الرقبة ولا خيار للمولى فيه؛ لأن

القيمة تعينت واجبا وهي أقل من الدية ولا فائدة في التخيير بخلاف ما لو كان العبد قائمًا؛ لأن للناس أعراضًا في الأعيان فيكون إمساكها مفيد أو إن كان الفداء أكبر من القيمة.

ولو قتل العبد الجاني عبدًا لرجل آخر يخير مولى العبد الثاني بين الدفع والفداء، فإن فداه بقيمة المقتول قسمت القيمة بين أولياء الجناية الأولى على قدر حقوقهم؛ لأن القيمة قائمة مقامه.

ولو دفعه إلى مولى المقتول خُيِّر مولى المقتول في المدفوع بين الدفع والفداء؛ لأن الثاني قائم مقام الأول دفعا لحما ودما فكأنه هو، ولو كان حيا قائمًا يخير المولى فيه فكذا فيمن قام مقامه، وكذلك لو قطع عبد يد الجاني فدفع به خيّر مولى العبد المقطوع بين الدفع والفداء؛ لأن العبد الثاني قام مقام يد الأول وكان حق ولي المقطوع المقتول متعلقا بجميع أجزائه فيظهر حقه في بدل الجزء كما يظهر في بدل الكل.

ولو اكتسب العبد الجاني أو ولدت الأمة الجانية لم يدفع الكسب والولد معها؛ لأن الملك يثبت لولي الجناية بالدفع لا قبله وكان الدفع تمليكا للعبد، وإذا اقتصر الملك على حالة الدفع لم يظهر في حق الكسب والولد بخلاف الأرش؛ لأنه بدل جزئه وكان حق الدفع متعلقا بذلك الجزء فيظهر استحقاق الأصل في بدل الكل حق البدل. أمة قطعت يد رجل ثم ولدت فقبلها الولد خير المولى، فإن شاء دفع الولد، وإن شاء فداه بالأقل من دمه باليد ومن قيمة الأم؛ لأن جناية المملوك على مملوك مولاه معتبرة إذا تعلق بالمجني عليه لغير المالك؛ لأن الحق بمنزلة الحقيقة في حق إيجاب الضمان وقد تعلق بالأم حق المقطوعة يده فكانت جناية الولد عليها معتبرة صيانة لحق صاحب الحق.

(فصل)

وجناية الحر على العبد لا تخلو إما أن تكون على النفس وعلى ما دونها، فإن كانت على النفس بأن قتل الحر العبد عمدًا ففيه القصاص وقد مرت.

وإن قتله خطأ فقيمته على عاقلة القاتل، ورُوي عن أبي يوسف: أنها تجب على القاتل.

وإن كانت قيمته عشرة آلاف وأكثر تجب عشرة آلاف إلا عشرة وفي الأمة خمسة آلاف إلا خمسة.

وقال أبو يوسف والشافعي: تجب القيمة بالغة ما بلغت بناء على أن عندنا الضمان وجب بمقابلة النفسية وعندهما بمقابلة المالية.

لهما: أن المتلف هنا شيئان المالية والنفسية وكل واحد منهما أثر في استدعاء الضمان؛ لأن كل واحد منهما معصوم محترم حقًّا للعبد وقد تعذر إيجاب الضمان بمقابلتهما فكان إيجاب الضمان بمقابلة المالية أولى؛ لأن في إيجاب الضمان بمقابلة المالية بمقابلة الأصل وهو اعتبار المماثلة والمعادلة بينهما وفي إيجاب الضمان بمقابلة النفسية مخالفة الأصل وهو ترك تحقيق المعادلة والمماثلة، فإنه لا مماثلة بين المال والآدمي فكان هذا أولى.

لنا: أن إيجاب الضمان بمقابلة النفسية أولى؛ لأن الشرع عظم أمر الآدمي وشرف مهجته وكرم جثته وبنيته وخلقه مالكا مبتدلا والمال خلق مهانًا متبذلا عرضه وبذله للنفس وشرف المحل وعظم خطره شيء على شدة الاهتمام في تضمينه وعدم إخلائه عن الواجب إعظاما لقدرة وأمانة لخطره ومتى وجب الضمان بمقابلة النفسية وجب أن لا يزاد ضمان العبد على دية الحر؛ لأن الحر أعلى حرمة وأعظم خطرًا من العبد فيجب نقصان ضمانه بماله خطر وفي الشرع خطر وهو عشرة دراهم كي لا يؤدي إلى التسوية بينهما إظهارًا لخطر الحر وإعظاما لقدره، ألا ترى أن الاختناث والأنوثة لما أوجبا نقصان حال المبدل أوجبا نقصان حال البدل وهكذا نقول في قليل القيمة: إن الضمان واجب بمقابلة النفسية، ولهذا يجب على العاقلة مؤجلا إلا أنا جعلنا ماليته معيارا لبدل دمه؛ لأنه أمكن ومست الحاجة إليه؛ لأنه ما ورد نص مقدر لدية العبد ولا يؤدي إلى الاستحالة وهو أن يزيد بدل من هو أدون حالا وأهون مقدارا على ما هو أعلى حالا وأعظم مقدارا.

رجل قطع يدي عبد أو فقأ عينه فاختار المولى إمساكه لم يرجع على الجاني بشيء عند أبي حنيفة، وعندهما يرجع بما نقصه؛ لأن الواجب بدل عن الطرف لا

عن الجثة؛ لأن التالف هو الطرف دون الجثة والضمان شرع لجبر الفائت واستدراكه والجثة قائمة على ملكه فلو أزلنا عن ملكه أدى إلى إزالة ملك معصوم محترم بغير رضاه وهذا لا يجوز فتبقى الجثة على ملكه ويجب ضمان النقصان بجبر الفائت له أي الواجب بدل على الجثة والمهجة؛ لأنه يصلح بدلا عنها؛ لأن الشرع جعله بدلا عنها حتى لو أتلف الجثة تجب القيمة بدلا عنها وهكذا إن الصلاحية والحاجة ماسة إلى جعلها بدلا عنها؛ لأن الجثة هالكة من وجه لفوات جنس المنفعة والشرع ورد بجبر الهالك فوجبت القيمة بدلا عن الجثة من حيث إنها هالكة وقائمة ضرورة جبر الفائت ومتى حكمنا بزوال القيمة البدل عن ملك الثاني وجب أن تزول الجثة عن ملك المالك تحقيقا للمعادلة ليكون زوال البدل مقابلا بزوال المبدل وأما الجناية على أطراف العبد:

قال أبو حنيفة: كل شيء من الحر فيه الدية يجب في العبد القيمة وكل شيء من الحر فيه نصف الدية ففيه من العبد نصف القيمة إلا إذا كانت قيمته عشرة آلاف أو أكثر تنقص عشرة أو خمسة، ففي رواية (**المبسوط**) و(**الجامع**) أنه يجب أرش مقدر فيما دون النفس وعندهما يقوّم صحيحا ويقوّم منقوصا بالجناية فيجب فصل ما بين القيمتين وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة.

لهما: أن ضمان أطراف العبد ضمان الأموال؛ لأن أطراف العبيد ملحقة بالأموال؛ لأنها خلقت لإقامة المصالح للنفس كالأموال؛ لأنها خلقت خدما وخولا للنفس، ولهذا لا يجب ضمانها على العاقلة وضمان الأموال مقدر بقدر النقصان له: أن الأطراف من جملة النفوس حقيقة؛ لأن النفس مركبة عن الأطراف وفي إتلافها نقصان النفس وفي استبقائها كمال النفس لكن فيها معنى المالية باعتبار أنها خلقت لمنافع النفس ومصالحها فيجب اعتبارها ولا يجوز إخلاء النفسية عن أطراف العبد بالكلية فباعتبار معنى النفسية فيها أن يكون بدلها مقدرا كأطراف الحر وباعتبار معنى المالية فيها أوجبنا ضمانها على الجاني دون العاقلة؛ لأن النص ورد بإيجاب الضمان على العاقلة في النفوس المطلقة ولم يوجد، فأما تقدير الضمان فيما هو ملحق بالنفوس ملائم للأصل، ألا ترى أن ضمان عين البقر والفرس مقدر بربع قيمته فضمان العبد أولى أن يكون مقدرا.

ولو قطع رجل يد عبد قيمته ألف ثم بعد القطع صارت قيمته ألفا كما كانت قبل القطع ثم قطع رجل آخر رجله من خلاف ثم مات منهما ضمن الأول ستمائة وخمسة وعشرين والآخر سبعمائة وخمسين؛ لأن الأول قطع يده وقيمته ألف فغرم خمسمائة؛ لأن اليد من الآدمي نصفه وبقيت قيمة النصف الآخر خمسمائة، فإذا ازدادت خمسمائة أخرى صارت ألفًا، فهذه الزيادة لا تعتبر في حق قاطع اليد؛ لأنها لم تكن موجودة وقت القطع وإنما حدثت بعده فبقي في حق قاطع اليد قيمة الباقي خمسمائة ثم قاطع الرجل أتلف النصف الباقي وذلك مائتان وخمسون فبقيت مائتان وخمسون تلفت بشرائه جنايتهم فتجب على قاطع اليد نصف ذلك وذلك مائة وخمسة وعشرون يضم إلى خمسمائة فيصير ستمائة وخمسة وعشرين وقاطع الرجل حين قطع رجله كانت قيمة العبد ألفًا يضمن نصفه وهو خمسمائة وبقي خمسمائة في حقه وقد تلفت بشرائه جنايتين فضمن نصفه وذلك مائتان وخمسون بضم ذلك إلى خمسمائة فيصير سبعمائة وخمسين.

ولو صار يساوي ألفين وهو أقطع فعلى قاطع الرجل ألف وخمسمائة؛ لأن الزيادة في حق قاطع اليد غير معتبرة فصار وجودها وعدمها بمنزلة فعلته ستمائة وخمسة وعشرين كما وصفنا، فأما قاطع الرجل، بالقطع أتلف نصفه فضمن قيمته وهي ألف بقي ألف بلغت بشرائه الجنايتين فغرم نصفه خمسمائة فيضم خمسمائة إلى ألف فيكون ألفًا وخمسمائة.

(النوادر): روى الحسن في **(المجرد)** عن أبي حنيفة رحمهما الله: رجل قطع أذني عبد أو أنفه وحلق لحيته فلم يثبت فعليه ما نقصه.

وروى محمد عن أبي حنيفة: أن عليه للمولى قيمة تامة إن دفع إليه العبد.

وجه رواية الحسن أن الفائت من العبد معتبر من حيث المالية وبفوات الجمال تقل رغبات الناس فينتقص المالية فيضمن النقصان.

وجه رواية محمد: أن ما يجب تفويته من الحر كمال الدية فيجب بتفويته من العبد كمال القيمة كما في اليدين والرجلين؛ لأن دية أطراف العبد مقدرة كما بينا.

رجل فقأ عيني عبد ثم قطع آخر يده كان على الفاقئ ما نقصه وعلى القاطع نصف

قيمة مفقوء العينين استحسانًا والقياس أن لا شيء على الفاقئ على أصل أبي حنيفة خاصة؛ لأن عنده لا يتخير المولى بين إمساك المفقوءة وتضمين النقصان وإنما له القيمة وتمليك الجثة منه بالقطع الطارئ على الفاقئ امتنع تضمين كمال القيمة فتعذر إيجاب الضمان عليه: وجه الاستحسان: أن الجناية تقررت موجبة للضمان قبل القطع فلا يجوز تعطيل السبب عن الحكم بإهدار الجناية فيغرم النقصان صونا لدمه عن الهدر والبطلان.

وروى الحسن عن أبي حنيفة في عبد قتل رجلًا عمدًا وله وليان فعفا أحدهما ثم قتل آخر خطأ فاختار الدفع، فإنه يدفع أرباعا ثلاثة أرباعه لولي الخطإ وربعه لولي العمد الذي لم يعف وهو قولهما.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة يدفع إليهما أثلاثا ثلثاه لصاحب الخطإ وثلثه لصاحب العمد.

وقال زفر: يدفع نصفه إلى ولي الخطإ ربع إلى ولي العمد ويبقى ربعه للمولى.

لزفر: أن حق الوليين متعلق بالعين وبعفو أحدهما سقط حقه وانتقل حق الآخر إلى الرقبة أو الفداء في النصف وحق ولي الخطإ في الكل؛ لأنه لا يشاركه غيره فيه وحق المولى بالعفو عاد إلى الربع فيكون الربع له بقي ثلاثة أرباع بينهما على قدر حقهما وجه رواية الحسن أنه عفا أحد وليي العمد فبقي حق الآخر في المزاحمة في الربع؛ لأنه تعلق حق ولي الخطإ بالنصف لا بالكل فبقي حق غير العافي في الربع فانتقل إلى الرقبة أو الفداء فيكون الباقي بينهما أرباعا.

وجه رواية أبي يوسف وهي الأصح؛ لأنه إذا عفا أحد وليي العمد بقي حق الآخر في النصف؛ لأن حقهما قد تعلق بالكل؛ لأن استحقاقهما ورد على الكل لا يبقى المزاحم حين وقوع الجناية الأولى، فإذا جنى خطأ تعلقت بهذه الجناية أيضًا بالكل؛ لأن تعلق الأولى لا يمنع حق تعلق الثانية إلا أن بالعفو فرغ نصف الرقبة عن حكم الجناية الأولى فبقي حق الأول متعلقا بالنصف وحق الثاني بالكل فيكون المدفوع بينهما أثلاثًا.

هشام عن محمد قال: مملوك قتل مملوكا لرجل خطأ ثم قتل آخر مولاه خطأ

وليس لأخ مولاه وارث غيره، فإنه يدفع نصف العبد إلى مولى العبد أو يفديه والنصف الباقي للمولى؛ لأن حق أخ المولى تعلق برقبة الجاني بعدما تعلق به حق المولى فتقع المزاحمة بينهما فيكون بينهما نصفين، وإذا انتقل النصف إلى المولى بالإرث سقط بعد الوجوب؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده شيئًا فبقي حق الأول في النصف، فإن قتل أخ مولاه أولا ثم قتل مملوك رجل خطأ، فإنه يدفع العبد كله إلى مولى العبد المقتول أو يفديه؛ لأنه لما انتقل الحق إلى المولى بالإرث سقط عنه، فإذا جنى على الثاني ولا يزاحمه الأول فقد تعلق حق ولي الجناية الثانية من غير مزاحمة، وإن كان لأخ مولاه بنت وقد قتله العبد أولا، فإنه يضمن ثلاثة أرباع العبد لمولى العبد المقتول وربعه للبنت؛ لأن حق ولي الجناية الثانية من غير مزاحمة، وإن كان لأخ مولاه بنت وقد قتله العبد أولا، فإنه يضمن ثلاثة أرباع العبد لمولى العبد المقتول وربعه للبنت؛ لأن حق ولي الجناية الثانية تعلق بالنصف وتعلق حق الوارثين بالنصف إلا أنه سقط حق المولى عن الربع وبقي حق البنت في الربع، فإن كانت الضربتان معا وليس له بنت فالعبد بينهما نصفان؛ لأن الجنايتين اقتربتا فلم يصادف أحدهما محلا فارغا.

قال أبو حنيفة: رجل فقأ عين عبد فمات العبد من غير الفقء فلا شيء على الفاقئ.

وإن لم يمت ولكنه قتله إنسان لزم الفاقئ النقصان؛ لأن الضمان ضمان تفويت المالية والقتل تفويت المالية والموت يبطل حكم المالية ولا يفوتها.

قال محمد: ضمن النقصان في الوجهين؛ لأن الجناية تحققت في الحالين فانعقدت موجبة للضمان.

(باب ما يصير المولى به مختاراً للفداء)

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: في اختيار المولى الفداء صريحًا.

والثاني: في اختياره دلالة.

والثالث: في تخيير من انتقل الملك إليه.

(فصل)

ولو قتل عبده رجلًا واختار الدية وليس عنده ما يفدي، فالدية دين عليه عند أبي حنيفة وعندهما: يدفع ولا يصح اختيار الفداء إلا برضاء المولى إذا كان مفلسا.

لهما: أن العبد صار حقا لولي الجناية وصار كالمملوك له حتى لو استهلك المولى يضمن قيمته فلا يملك المولى إبطال حقهم إلا برضاهم أو بوصول البدل إليهم وهو الدية، فإذا لم يصل البدل إليه يكون له أخذ العبد فصار كما لو اختار المولى قضاء الدين عن العبد المديون ثم عجز عنه كان للغرماء أخذ العبد وكذا هذا.

لأبي حنيفة: أن أصل حقهم في الدية؛ لأنها بدل المقتول إلا أنه لا يتحتم على المولى أداء الدية نظرا له؛ لأنه ربما لا يقدر عليه أو يقع في الجرح كما بينا فتخير بين دفع العبد وبين أداء الدية نظرا له، فإذا اختار أداء الدية صح اختياره من غير رضاء الأولياء؛ لأنه اختار ما هو أصل حقهم وتعلق حقهم بها فبطل حقهم عن العبد؛ لأن ولاية الاختيار والتعيين للمولى لا لهم، وإذا جرح العبد رجلًا فاختار المولى الفداء ثم مات المجروح خيّر مرة أخرى عند محمد استحسانًا، وعند أبي يوسف عليه الدية ولا يخير قياسا وهي من المسائل التي رجع أبو يوسف من الاستحسان إلى القياس.

ولو أعتقه وهو يعلم ثم مات المجروح كان مختارا للدية إن كان خطأ. وجه القياس: أنه اختار أرش الجراحة فيكون اختيارًا لأرشها ولما يحدث ويتولد منها كالعفو عن الجراحة يكون عفوا عنها وعما يحدث منها؛ لأن السراية لا تنفك عن الجناية فيكون اختيار الأصل اختيارًا للتبع المتولد منه ضرورة؛ ولأنه صار قاتلا بتلك الجراحة فظهر أنه اختار إمساك العبد بعد القتل وهو غالب بالقتل كما لو أعتق العبد بعد الجراحة. وجه الاستحسان: أن المولى إنما اختار إمساك العبد بمال قليل على حساب أن الجراحة لا تسري فبعد الموت لو لزمه لزمه حكم الاختيار بمال كثير وهو دية واختيار الإنسان إمساك العبد بمال قليل لا يكون اختيارا منه

بأداء مال كثير؛ لأنه غير راض به فلو لزمه يتضرر به فوجب أن لا يلزمه حكم الاختيار بالدية بخلاف ما لو أعتقه بعد الجراحة ثم مات؛ لأنه لم ينص على اختيار العبد بمال قليل بل اختار إمساك العبد مطلقًا فظهر حكمه مطلقًا. قتل عبد رجلًا عمدًا وله ولي واحد فاختار المولى الفداء عن نصف العبد يصير مختارا للفداء في الكل؛ لأن الولي استحق على المولى دفع الكل أو الفداء عن الكل وفي التفريق ضرر عليه فلا يتمكن المولى من ذلك فصار مختارا للفداء عن الكل ضرورة، وإن كان له وليان واختار الفداء في نصيب أحدهما يصير مختارا للفداء في حق الآخر في عامة الروايات؛ لأن المستحق لموجب الجناية هو الميت؛ لأن الجناية وردت على حقه وأمكن إثبات الملك له في موجب الجناية؛ لأن بعد الموت تبقى التركة على حكم ملكه فلهذا ينفذ منها وصاياه وقضاء ديونه فوقع الملك للميت أولًا ثم ينتقل إلى الوارث فكان المستحق للجناية اثنين فوجب الحق في الأصل متفرقا فبالتفريق لا يلحق بأحدهما ضرر لم يكن مستحقا عليه وفي قتل الخطأ لو كان المولى واحدا فاختار الفداء في النصف يكون اختيارا للفداء في الكل؛ لأنه لا يجوز تفريق الحق عليه منعا للضر عنه.

ولو كان الولي اثنين فاختار الفداء في أحدهما لا يكون اختيارا للفداء في حق الآخر ما دام العبد قائمًا؛ لأن حقهما يثبت في العبد متفرقا مشتركا، وإذا مات العبد قبل أن يدفع النصف إلى الآخر يصير مختارا للفداء لهما؛ لأن الحق يثبت للمقتول ولو صالح أحدهما على نصف العبد الحق ثبت للمقتول، خيّر المولى والولي المدفوع إليه بين أن يدفعا نصف العبد إلى الثاني أو يفديا؛ لأن الجناية انقلبت مالًا والعبد في ملكهما معين كما لو جنى جناية خطأ والعبد ملكهما يخير بين الدفع والفداء فكذا هذا إلا أن العبد فرغ عن نصف الجناية بالصلح وبقي مشغولا بالنصف فيثبت لهما الخيار في النصف، فإن صالح أحدهما على جميع العبد قيل للشريك: ادفع نصفه إلى أخيك أو افده؛ لأنه انتقل الملك إليه ونصفه مشغول بالجناية.

ولو قتلت أمة رجلًا عمدًا له وليّان وصالح المولى أحدهما على ولدها صار مختارا لفداء آخر فيفديه بنصف الدية، وذكر في "كتاب الدور" لا يصير مختارًا للفداء.

ولو صالح أحدهما على ثلث الأمة كان في الباقي له خيار أن يدفعه أو يفديه وفي الجامع والدور لا يكون له خيار، وجه هذه الرواية أنه سوى بين الدفع والفداء في البعض وذلك؛ لأن الملك يقع للميت أولا ثم ينتقل إلى الوارث لما بينا وكان ملك الميت أصلا وملك الوارث بناء عليه فيكون المستحق للجناية واحدًا فاختيار الدفع أو الفداء في البعض يكون اختيارًا في الكل لكي لا يتفرق الملك على المستحق. وجه رواية الصلح وهو الفرق بين الدفع والفداء أن الإنسان قد يضطر إلى إزالة بعض العبد عن ملكه لضرورة وهي أن يزيل بعضه عن ملكه لكي يعيد الزائل إلى ملكه في الثاني إذا وجد ثمنه فلا يكون اختيار دفع النصف اختيارًا لدفع النصف الآخر دلالة، فأما اختيار بعض الفداء يدل على اختياره امتثال الأمة في ملكه لرغبة إلى إمساكها لمنافع تحصل له منها لا تحصل من غيرها وتلك المنافع تحصل من كلها لا من بعضها فاختيار إمساك الأمة يدل على اختيار الفداء ضرورة.

(فصل)

إن المولى متى أحدث في العبد تصرفا يعجزه عن الدفع وهو عالم بالجناية يصير مختارا للفداء؛ لأنه اختار إمساك العبد؛ لأن المخير بين شيئين في الإزالة متى اختار إمساك أحدهما يلزمه إزالة الآخر عن ملكه؛ لأنه تعين الآخر للزوال ضرورة كمن أعتق أحد عبديه ثم باع أحدهما مختارًا تعين الآخر للعتق فإن أحدث تصرفا لا يعجزه عن الدفع لا يصير مختارا؛ لأنه متى أمكنه دفع العبد لا يصير مختارا إمساكه فبقي خياره.

ولو باع المولى العبد الجاني أو أعتقه أو دبره أو كاتبه واستولد الجارية الجانية وهو يعلم بالجانية فهو مختار؛ لأنه أحدث فعلًا أعجزه عن الدفع؛ لأن هذه التصرفات بعد نفادها لا تحتمل النقض والإبطال، وإن لم يعلم بالجانية لم يكن مختارا وضمن الأقل من قيمته ومن الأرش؛ لأنه لم يكن عالما بوجوب الفداء فاختار الفداء بدون العلم بالفداء لا يتصور وصار مستهلكا حق المجني عليه فيضمن.

ولو جنى جنايتين فعلم بإحداهما دون الأخرى فأعتقه أو باعه ونحوه فيكون

مختارا للفداء فيما علم وفيما لم يعلم حصتها من قيمة العبد؛ لأنه صار مستهلكا لحقه والجماع والتزويج والإجارة والرهن والاستخدام لا يكون اختيارا للفداء، وفي رواية كتاب العتاق في الرهن والإجارة يصير مختارا؛ لأنه أحدث تصرفا يعجزه عن الدفع؛ لأنه حق لازم متأكد يمنع المولى من الدفع. وجه هذه الرواية: أنه لم يعجزه عن الدفع؛ لأن له أن يفسخ الإجارة والرهن لحق المجني عليه لأن حق المجني عليه تعلق بعين العبد لا بالفداء سابقا على حقهما فيملك المولى إبطال حقهما بالفسخ صونا لحق المجني عليه عن البطلان؛ لأنه يرجح حقه على حقهما بالسبق بخلاف البيع؛ لأن حق المجني عليه لا يمنع نفاذ تصرفه بجهة التمليك فثبت ملك صحيح للمشتري والملك أقوى وآكد من الحق فلا يجوز إبطاله لصيانة الحق.

ورُوي عن أبي يوسف: أن الوطء يكون اختيارا وهو قول زفر؛ لأن الحل يختص بالملك فكان دليلا على إمساكها. وجه ظاهر الرواية: أن وطء البنت لا يوجب تنقيص العين حقيقة فإنها قائمة برمتها وجثتها كما كانت قبل الوطء وإنما عينها حكمًا حتى يمنع الرد بالعيب وبهذا لا يصير مختارا كما لو أقر بالسرقة أو بالإباق عليها فلم يعجز عن ردها بكليتها وملك المولى فيها قائم حقيقة فلا يدل الوطء على إمساكها.

ولو ضربه فغيّبه يكون اختيارًا؛ لأنه مات جزء منها حقيقة فقد أعجزه عن رد بعضه فصار كما لو عجز عن دفع كله. عبد قتل رجلًا خطأ ثم قطع عبد آخر يد القاتل فاختار مولى القاطع الدفع فدفع ثم أعتق مولى القاتل أحدهما وهو يعلم بالجناية صار مختارا للدية؛ لأن العبد المدفوع قام مقام اليد المقطوعة كأن اليد قائمة فيكون العبدُ واحدًا حكمًا واعتبارا.

ولو كان العبد واحدًا لحقيقة فأعتق بعضه وهو عالم بالجناية صار مختارا للفداء في حق الكل فكذا هذا.

ولو قتل عبدان رجلًا فأعتق المولى أحدهما لم يصر مختارا للدية كلها بل نصفها؛ لأن إعتاق أحدهما لم يعجزه عن دفع الآخر.

ولو كاتبه وهو لا يعلم بالجناية ثم عجز ثم خوصم دفع أو فدى؛ لأن المولى

بالكتابة صار ضامنا بالقيمة، فإذا زالت الكتابة قبل القضاء عليه بالقيمة فقد زال سبب الضمان وعاد حق ولي الجناية في العبد بخلاف ما لو قضى على المولى بالجناية يلزمه دفع القيمة؛ لأن سبب الضمان زال بعد وجوب القيمة وتقررها بالقضاء فلا تسقط كما لو علم بالجناية. وكّله بالكتابة ثم قتل العبد رجلًا خطأً ثم كاتب الوكيل وهو يعلم أولًا فعلى المولى القيمة دون الدية؛ لأنه لما تعذر تسليم الرقبة إلى ولي الجناية من غير أن يختار إمساك العبد بعد الجناية يلزمه القيمة.

ولو أمر المولى المجني عليه بالعتق فأعتقه صار المولى مختارا؛ لأن فعل المأمور يضاف إلى الآمر فصار كأنه أعتقه المولى.

ولو قال لعبده: إن قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر ففعل شيئًا من ذلك فهو مختار للفداء خلافا لزفر؛ لأن المعلق بالشرط كالمرسل والمنجز عند الشرط فقد أعتقه بعد الجناية وهو عالم بها، كما لو قال لامرأته إن مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض فمات منه طلقت ثلاثا وترث؛ لأن هذا كابتداء الإيقاع بعد المرض فكذا هذا، وإذا أذن له في التجارة فركبه دين لم يصر مختارا؛ لأن الإذن لا يعجزه عن الدفع ولا يوجب نقصانا فيه إلا أن الرقبة قد انتقصت على لحوق الدين بسبب من جهة المولى وهو الإذن وكان لولي الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى الجناية أن يمتنع من قبوله ناقصا فيلزم المولى قيمته وبكلّ قتل تجب الكفارة فيه يصير المولى مختارا كالقتل بالمباشرة، وإن لم تجب الكفارة فيه لا يصير مختارا وهو القتل تسبيبًا كما لو وقع في بئر حفرها المولى؛ لأن القتل تسبيبًا ليس بقتل حقيقة؛ لأن القتل فعل يحل بالحي فيؤثر في إزهاق الروح والتسبب ليس بفعل في الحي؛ لأنه لم يوصل إلّا به، ولهذا لم يجب به القصاص ولا يحرم عن الميراث فلم يصر مستهلكا للعبد وبالقتل مباشرة صار مستهلكا للعبد وفي كل موضع صار مانعا العبد يضمن قيمته كما لو وقع في بئر حفرها المولى في كل موضع صار متلفا للعبد يضمن الفداء كما بينا.

ولو أخبره عبده بالجناية فأعتقه المولى وقال: لم أصدقه، فعند أبي حنيفة لا يضمن ما لم يخبره رجل عدل حر، وعندهما ضمن الدية وإن كان المخبر فاسقًا أو عبدًا أو كافرا وقد مرت في الوكالة والشفعة.

(فصل)

وإن أقر به لغيره هو على قسمين: إما أن أقر بالجناية أولا ثم بالملك، أو على عكسه، وكل قسم لا يخلو إما أن كان الملك في العبد معروفا للمقر، أو كان مجهولا أو لا.

أما القسم الأول: لو أقر بالجناية ثم بالملك لغيره والملك في العبد معروف للمقر، فإن صدقه المقر له في الملك والجناية جميعا يقال للمقر ادفع العبد أو افده؛ لأنه صح الإقرار؛ لأن حق المجني عليه لا يمنع نفاذ تصرف المولى؛ لأن حقه في الدفع أو الفداء وإنه باقٍ بعد الإقرار والثابت بالإقرار كالثابت بالبينة العادلة ومتى ظهر الملك للمقر له بالإقرار ظهر أن الجناية صدرت من ملكه، وإن كذبه فيهما لا يكون المقر مختارا للفداء خلافا لزفر. له: أن صحة الإقرار لا تتوقف على تصديق المقر له، ولهذا لو مات المقر له قبل التصديق يصير المُقَرُّ به ميراثا لورثته فقد زال العبد عن ملكه بنفس الإقرار وهو عالم بالجناية فيعتبر مختارا.

لنا: أن صحة الإقرار إن كان لا يقف على التصديق فالبطلان يقف على التكذيب، فإذا اتصل به التكذيب بطل من الأصل؛ لأنه اعتبر كذبا من الأصل؛ لأن العاقل لا يرد الإقرار كاذبا، وإذا صار كذبا من الأصل ظهر أن العبد ترك عن ملكه، فإن صدقه في الملك وكذبه في الجناية صار المقر مختارا للفداء؛ لأن الإقرار بالجناية على العبد صادف ملكه في العبد فصح ثم إذا أقر بالملك لغيره وصدقه المقر له صار مزيلا العبد عن ملكه فصار كما لو باعه أو وهبه.

وأما القسم الثاني: لو أقر بالملك أولا ثم بالجناية إن صدقه فيهما فالخصم هو المقر له، وإن كذبه فيهما فالخصم هو المقر له، وإن صدقه في الملك وكذبه في الجناية هدرت الجناية؛ لأنه لما صدقه المقر له في الملك ظهر أن إقراره بجناية العبد صادف ملك الغير فلا يصح إقراره بالجناية متى كذبه المقر له فلم تثبت الجناية.

وكذلك إن كان العبد مجهولا لا يدري أنه للمقر أم لغيره فأقر بالجناية أولا ثم بالملك ثم بالجناية؛ لأن الملك ثابت للمقر بظاهر اليد لا مستندا إلى دليل

والملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق واختيار الفداء فلم يصر مختارا للفداء بخلاف ما لو كان الملك له معروفا؛ لأن ملكه ثابت مستند إلى دليل ظاهر اليد فصلح حجة لإثبات ما لم يكن، ولو قال كنت بعته من فلان قبل الجناية وصدقه يخير المشتري بين الدفع والفداء؛ لأن يثبت الملك بتصادقهما.

(**المنتقى**): جارية جنت وهي حامل فأعتق المولى ما في بطنها وهو يعلم بالجناية صار مختارا للفداء، وإن لم يعلم بالجناية، فإن حضر الطالب وهي حامل وهو بالخيار إن شاء ضمن المولى قيمتها خاصة، وإن شاء أخذها حاملا بخيانتها وكانت له وكان الولد حرا؛ لأن الجناية حصلت منها وهي حامل وبالإعتاق مع العلم بالجناية صار مختارا للفداء فيلزمه قيمتها يوم الجناية والولد حر؛ لأن بالجناية لم يمتنع تصرف المولى في الأصل فلا يمنع في الفرع، فإن حضر الطالب بعدما ولدت فالمولى بالخيار إن شاء دفع، وإن شاء فدى فلا سبيل له على الولد؛ لأنه حدث على ملك ولي الجناية عبد جنى جناية فأوصى المولى بعتقه في مرضه فأعتقه الموصي أو الوارث بعد موته وهو يعلم بجنايته فعليه الدية مقدار قيمته من جميع المال والزيادة من الثلث، وإن كان لم يعلم بالجناية فالقيمة من مال الميت في قول أبي يوسف آخرا وهو قول زفر، هكذا ذكره الفقيه أبو الليث في (**العيون**)؛ لأن الموصي إذا علم بجنايته يخير فيه بين الدفع والفداء، فإذا أوصى بعتقه فقد اختار إلفداء بقي مقدار القيمة يعتبر من جميع المال؛ لأن له أن يفدي العبد والحق يتعلق برقبته وهو باختيار المال يتبرع به والتبرعات محلها الثلث، وإن لم يعلم فالقيمة في ماله؛ لأن الحق تعلق برقبته ولم يجن على حقوقهم بالعتق فلم يصر مختارا للفداء وفات الدفع فلزمه قيمة المدفوع. رجل قال لعبديه: أحدكما حر فجنى أحدهما فصرف العتق إلى الجاني فعليه القيمة عند زفر.

وقال أبو يوسف: إن علم بالجناية فعليه الدية.

لزفر: أن العتق لم يزد على حق المجني عليه؛ لأن العتق سبق الجناية وبالبيان ما جنى ولكنه فوت الدفع والعتق غير نازل في المعتق وإنما نزل في الذمة فلزمه قيمته.

لأبي يوسف: أن المال أنشأ العتق في حق المحل فلزمه لما عرف فصار كأنه أعتقه بعد العلم.

جارية بين رجلين فجاءت بولد فجنى الولد جناية فادعاه أحدهما، فإن علم بالجناية فعليه نصف الدية، وإن لم يعلم فعليه نصف القيمة في قول زفر.

وقال أبو يوسف: إن علم فعليه الدية، وإن لم يعلم فعلية القيمة.

لزفر: أن حق ولي الجناية إذا تعلق برقبة مملوكة لهما فصارا مخاطبين بالدفع أو الفداء فلا يلزم المدعي إلا النصف والثاني لم يجن على حقهم فلا يلزمه الدية.

لأبي يوسف: إن جاء له العلم هو الجاني فلزمته الدية كاملة وجاء له الجهل إنما امتنع الدفع لمعنى من جهته.

ولو باع جارية فولدت عند المشتري لأقل من ستة أشهر فجنى الولد جناية ثم ادعاه البائع فهو يعلم بالجناية فعليه القيمة لأصحاب الجناية ولا يجب عليه الدية عند زفر.

وقال أبو يوسف: عليه الدية.

لزفر: أن الجارية لا تلد لأقل من ستة أشهر، فإذا جاءت به فقد عرف وجوده في ملك البائع، وإذا كان الولد منه لم يتخير هو بين الدعوة وتركها فلم يتخير بين الدفع والفداء وإنما تعين الدفع عليه وقد تعذر فيجب القيمة.

لأبي يوسف: أنه إذا علم فادعى نسبه فقد فوت عليهم حقوقهم بالدعوى؛ لأن حقوقهم تعلقت برقبة العبد وقد امتنع الدفع بالدعوى فيصير مختارا للدية.

رجل أوصى بعتق عبده ثم جنى العبد جناية بعد موت الموصى فأعتقه الوصي وهو يعلم بالجناية فهو ضامن للجناية وإن لم يعلم فهو ضامن للقيمة ولا يرجع على الورثة؛ لأن حق المجني عليه تعلق برقبة العبد، فإذا أعتقه الوصي عن علم صار جانيا على حقه فصار مختارا للفداء كالمالك، فإن لم يعلم فهو مستهلك لحقه فصار ضامنا للقيمة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة في عبد قطع إصبع رجل خطأ ففداه المولى بألف ثم مات المقطوع إصبعه، فإن فداه بغير قضاء فعليه تمام الدية؛ لأن الفداء بغير قضاء يكون التزاما للفداء ورضاء به.

وإن فداه بقضاء بطل الفداء وعليه القيمة؛ لأن القيمة بقضاء لا تكون التزاما

ورضاء به؛ لأنه مجبور فقد حصل الفداء عن الجناية على الإصبع، فإذا صارت نفسا بنقص حكم الفداء ولم يرض بالبراءة فالدية ثم لا فتجب القيمة.

(باب الحر والعبد أو العبدين إذا تضاربا وتشاجّا)

(المبسوط): حر جنى على عبد وجنى العبد على رجل آخر وعلى الجاني واختار مولاه الدفع ثم اختلفا فقال المولى جنى على عبدي أولا فأرشه لي وكذبه المدفوع إليه فالقول للمولى مع يمينه؛ لأن الحر المجني عليه لما ادعى أن البادئ بالجناية هو العبد فقد ادعى على المولى شيئين العبد وأرش العبد متى اختار دفع العبد إليه؛ لأنه ادعى أن حقه ثبت في عبد صحيح اليد؛ لأن العبد لما بدأ بقطع يد الحر كانت يده صحيحة، فإذا تعلق حقه بيد العبد تعلق ببدلها أيضًا والمولى أقر له بالعبد وأنكر الأرش فيكون القول له فصار كما لو تصادقا على أن البادئ بالجناية هو الحر؛ لأن الثابت يقول من جعل القول له شرعا كالثابت بالتصادق ومتى تصادقا أن البادئ بالجناية هو الحر يضمن نصف قيمة العبد للمولى والمولى يخير بين الدفع والفداء وله أن يدفع العبد دون الأرش؛ لأن حق المجني عليه تعلق بعبد مقطوعة يده؛ لأن العبد حين جنى على الحر كان مقطوع اليد ولا يتعلق ببدلها وهو الأرش.

وإن تصادقا أنهما لا يعلمان من البادئ منهما بالجناية ضمن الحر الجاني نصف قيمة العبد والمولى إن اختار الدفع يدفع العبد ونصف أرش يده؛ لأن كل واحد منهما يجوز أن يكون بادئا بالجناية ويجوز أن يكون لاحقا.

وإن كان الحر هو البادئ فليس على المولى إلا دفع العبد، وإن كان العبد هو البادئ فعلى المولى دفع العبد مع أرش يده فللحر أرش اليد في حالة وليس له ذلك في حالة فيجب له نصف الأرش. حر وعبد التقيا ومع كل واحد منهما عصا فاضطربا فشج كل واحد صاحبه ثم اختلف مولى العبد والحر في البداية فالقول للمولى إن الحي بدأ وعليه أرش جناية على العبد للمولى ويدفع العبد بجنايته أو يفديه؛ لأن الحر أقر بالأرش بدأ بالجناية أم لحق إلا أنه ادعى الإبراء متى اختار المولى دفع العبد إليه وأنكر المولى فيكون القول له، ولو كان مع العبد سيف ومع

الحر عصا فمات العبد وبرئ الحر واختلفا كان القول للمولى وقيمة العبد على عاقلة الحر يسلم للمولى من ذلك مقدار ما نقصته ضربة الحر من قيمته إلى يوم ضرب العبد الحر والباقي قيمة أرش جنايته على الحر، فإن فصل شيء فهو للمولى؛ لأن الحر قتل العبد بعصًا فيكون قتيل خطأ العمد فتجب قيمته على عاقلة الحر والقيمة قامت مقام العبد لأن العبد جنى. ولو كان العبد جنى كان حق الحر عبدًا ناقصًا؛ لأن العبد حين جنى على الحر كان ناقصا فكذلك يثبت حق الحر في قيمة العبد فيما وراء النقصان فيأخذ المولى قدر ما انتقص بجناية الحر ويأخذ الحر من الباقي من أرش جراحته، فإن فضل شيء منه فهو للمولى؛ لأنه بدل عبده وقد فرغ العبد عن حق الغير وإن انتقص الباقي لا يكون على المولى شيء كما لو دفع العبد وقيمته أقل من أرش الجراحة.

ولو كان السيف مع الحر ومع العبد عصا فمات العبد وبرأ الحر ولا يدري أيهما بدأ بالجناية فللمولى أن يقتل الحر؛ لأن الحر قتل العبد بالسيف عمدًا فيجب القود وقد مات العبد ولم يخلف بدلا فيبطل حق الحر، وكذلك لو كان العبد هو الذي بدأ بالجناية؛ لأنه لا يتصور ملك العبد بسبب الجناية بعدما مات.

ولو كان مع كل واحد منهما عصًا فشج كل واحد منهما صاحبه موضحة وبرئا واتفقوا أنهم لا يعلمون البادئ خيّر المولى، فإن دفع العبد يرجع على الحر بنصف أرش عبده؛ لأن الحر إن كان هو البادئ بالجناية يجب عليه جميع الأرش، وإن كان اللاحق بها لا يجب عليه شيء فيجب نصفه، وإن كان فداه بجميع أرش الحر ورجع على الحر بجميع أرش عبده؛ لأنه يجب على الحر جميع أرش العبد تقدمت جنايته أو تأخرت وإن كانا سواء تقاصا، وإن كان أحدهما أقل فالأقل بمثله يصير قصاصا ويرد الفضل على صاحبه.

(فصل)

عبدان التقيا ومع كل واحد عصًا فاضطربا وبرئا خيّر مولى كل واحد، فإن اختار الدفع دفعا وصار كل واحد بالآخر ولا يتراجعان بشيء سوى ذلك؛ لأن كل واحد منهما ملك عبده من صاحبه ولا يفيد التراجع؛ لأنه لو رجع أحدهما لرجع الآخر؛

لأن حق كل واحد منهما ثبت فيه قيمة كاملة فلا يأخذ أحدهما من صاحبه فذاك بدل آخر وتعلق به حقه فلا يفيد الرجوع، وإن اختار الفداء فدى كل واحد بجميع أرش جنايته لأنهما لما ضربا معا فقد جنى كل واحد منهما على عبد صحيح فتعلق حق كل واحد من المولين بعبد صحيح فيجب فداء عبد صحيح، وإن سبق أحدهما بالضربة خير مولى البادئ؛ لأن البداية من مولى اللاحق لا تفيد؛ لأن حق اللاحق في عبد صحيح كامل الرقبة، فإذا دفعه إلى البادئ عبده مشجوجا كان للاحق أن يسترده منه ثانيا؛ لأنه يقول عبدك شج وهو صحيح ودفعت إليك عبدي بدل تلك الشجة فيكون لي والبداية من مولى البادئ بالدفع مفيد؛ لأن حق البادئ ثبت في عبد مشجوج فمتى دفعه مشجوجا لا يكون له أن يسترده وكان دفعه مفيدا، فإن دفعه فالعبد للمدفوع إليه ولا شيء للدافع؛ لأنه لو رجع البادئ بشيء كان للمدفوع إليه أن يرجع عليه ثانيًا؛ لأن حقه في رقبة عبد صحيح فلا يفيد رجوع البادئ، فإن فداه خيّر مولى اللاحق بين الدفع والفداء؛ لأنه ظهر لعبد البادئ عن الجناية بالفداء وصار كأنه لم يجن وإنما جنى عليه العبد اللاحق، فإن مات البادئ كانت قيمته في عتق الثاني يدفع بها أو يفدي، فإن فداه بقيمة الميت رجع في تلك القيمة بأرش جراحة عبده؛ لأنه بالفداء ظهر العبد اللاحق عن الجناية وصار كأنه لم يجن وإنما جنى عليه البادئ فالبادئ.

وإن مات بالقيمة قامت مقامه كأنه حي قائم، فإن دفعه رجع بأرش شجة عبده في عنقه ويخير المدفوع إليه بين الدفع والفداء؛ لأن المدفوع قام مقام الميت الشاج.

وإن مات العبد القاتل خيّر مولى العبد البادئ، فإن فداه أو دفع بطل حقه في شجة عبده؛ لأنه حين شج اللاحق البادئ كان اللاحق مشجوجا فثبت حق مولى البادئ في عبد مشجوج فثبت حقه فيما وراء الشجة وما وراء الشجة فات لا إلى خلف كما مات العبد القاتل فبطل حق مولى البادئ في شجة عبده.

ولو مات البادئ من شيء آخر سوى الجناية وبقي اللاحق خيّر مولى البادئ ويقال له: إن ثبت فاعف عن مولى اللاحق ولا سبيل لواحد منكما على الآخر، وإن

شئت ادفع أرش شجة اللاحق فطالبه بحقك، فإن دفع إلى صاحبه أرش عبده يرجع بأرش جناية عبده فيدفع مولى اللاحق عبده بها أو يفديه أما العفو فلأن مولى البادئ لو لم يعف عنه كان لمولى اللاحق أن يدفع عبده إلى مولى البادئ بجنايته، وإن دفع كان المولى اللاحق أن يطالبه بأرش شجه عبده وكان لمولى البادئ أن يدفع إليه العبد المدفوع ثانيا ليبرأ عن حقه فلا يفيد الدفع، وأما دفع أرش شجة اللاحق؛ لأنه متى دفع أرش عبد اللاحق فقد ظهر البادئ عن الجناية وصار كأنه لم يجن وإنما جنى عليه العبد اللاحق فيخاطب مولى اللاحق بالدفع أو الفداء أو أي ذلك مهما اختار لا يبقى لواحد منهما على صاحبه سبيل؛ لأنه وصل إلى كل واحد منهما وإن أبى مولى البادئ أن يدفع الأرش فلا شيء له في عتق الحي؛ لأن مولى البادئ كان مخيرا بين العفو وبين دفع الأرش والمطالبة بشجة عبده، فإذا امتنع تم دفع الأرش صار مختارا للعفو وصار كأنه قال عفوتك عن حقي فيبطل حقه.

ولو مات اللاحق وبقي البادئ خيّر مولاه، فإن دفعه بطل حقه وإن فداه رجع بأرش عبده في الفداء؛ لأن البادئ بالفداء ظهر عن الجناية فلا يكون لولي اللاحق أن يسترجع منه الأرش ثانيا فإما بالدفع لم يظهر عن الجناية فبقي حق مولى اللاحق متعلقا بالشجة من العبد البادئ والعبد المدفوع بدله فيتعلق حقه ببدله، فلو رجع مولى البادئ بأرش شجته كان لمولى اللاحق أن يسترجع منه؛ لأن حقه كان متعلقا بالفائت بالشجة من البادئ فلا يفيد الرجوع.

ولو برئا ثم قتل البادئ اللاحق خطأ كان في عتق البادئ أرش اللاحق وقيمته ويخير بين دفعه وفداه، فإن دفعه فلا شيء له كما بينا.

وإن فداه بأرش الشجة وبقيمة المقبول؛ لأن البادئ شج اللاحق ثم قتله مشجوجا فيلزمه أرش الشجة وقيمته مشجوجا متى اختار الفداء ويسلم أرش شجة المقتول لمولاه خاصة ويكون أرش شجة الحيّ في هذه القيمة يأخذه مولاه منها وما بقي فلمولى المقتول؛ لأن حق مولى البادئ إنما ثبت في اللاحق وهو مشجوج؛ لأنه جنى على البادئ وهو مشجوج فيأخذ من قيمته مشجوجا أرش شجة البادئ، فإن فضل منه شيء يكون لمولى اللاحق؛ لأنه بدل عبده وقد فرغ عن حق الغير.

ولو قتل اللاحق البادئ، فإن لم يطلب مولى المقتول الجناية لم يكن لأحدهما على صاحبه شيء؛ لأن مولى المقتول يخير بين العفو والفداء بأرش الشجة الثاني، فإن يطلب جناية فدى عبده بأرش الجناية ثم خير مولى الحي بين أن يدفع عبده أو يفديه بقيمة المقتول ويسلم ذلك لمولى المقتول؛ لأن العبد اللاحق قتل البادئ مشجوجا فيخير لمولاه بين دفعه وفدائه بقيمته مشجوجا وأي ذلك فعل لا يبقى أحدهما على صاحبه سبيل؛ لأنه وصل إلى كل واحد منهما حقه.

ولو قتل أحدهما صاحبه بعدما برئ ولا يعلم البادئ بالشجة خُيِّر مولى القاتل؛ لأنه تعذرت البداية بالبادئ لجهالته.

ولو تعذرت البداية بسبب موت البادئ يبدأ بالقاتل وكذا هذا، فإن دفع عبده كان له نصف أرش شجته في عنقه إن شاء المدفوع إليه فداه بذلك، وإن شاء دفع منه حصة النفس فيقسم العبد المدفوع على نصف أرش شجة المقتول وعلى قيمته مشجوجا فيأخذ الذي دفعه من حصته قيمته مشجوجا من العبد المدفوع أو يفديه؛ لأن القاتل بالدفع قام مقام المقتول لحما ودما فصار كأن المقتول بقي حيا فمولاه يرجع بنصف أرش شجة عبده متى اختار الدفع فكذا إذا دفع بدله، وإن اختار مولى القاتل الفداء فداه بقيمة المقتول صحيحا؛ لأن القاتل إن كان هو البادئ بالشجة فقد شج عبدًا صحيحًا ثم قتله فعليه قيمة عبد صحيح.

وإن كان القاتل هو اللاحق فقد شج البادئ وهو صحيح ثم قتله فكان على مولى القاتل أن يفدي عبده بقيمة المقتول صحيحا ويرجع بأرش الشجة في الفداء بعدما يدفع إلى مولى العبد المقتول نصف أرش شجته؛ لأن القيمة قامت مقام المقتول.

ولو كان المقتول حيا وقد شج كل واحد منهما صاحبه ولا يعلم البادئ منهما يرجع كل واحد منهما فيما دفع إلى صاحبه بنصف أرش شجة عبده، والمدفوع إليه يخير بين الفداء وبين دفع ما يخص نصف أرش الشجة من العبد المدفوع إليه فكذلك في بدله والله أعلم.

(باب حفر البئر من المملوك)

(المبسوط): عبد حفر بئرًا فوقع فيها رجل ثم أعتقه مولاه، فإن أعتقه بعد الحفر قبل الوقوع غرم قيمته لولي القتيل، فإن وقع فيها ثانٍ وثالث فإنهم يشتركون في قيمة واحدة علم بالحفر أو لم يعلم؛ لأنه صار قاتلا للكل بالحفر تسببًا فصار كما لو وقعوا معا قبل عتق العبد ثم أعتقه فيظهر أنه أعتقه بعدما صار قاتلا للكل.

ولو أعتقه بعد الحفر والوقوع وهو يعلم ثم وقع فيها آخر اقتسما الدية يضرب فيها الأول بالدية والثاني بقيمته عند أبي حنيفة، وعندهما: للثاني النصف من قيمته وسلمت الدية للأول، فإن وقع ثالث فيها فعنده يشاركان الأول في الدية يضربان بقيمة العبد والأول يضرب بالدية وعندهما للثاني سدس قيمته فيضمه إلى نصف القيمة التي أخذها الثاني فيكون بينهما نصفين.

لهما: أنه ظهر أن العبد صار بالحفر قاتلا شخصين ثم أعتقه المولى وهو عالم بإحدى الجنايتين غير عالم بالأخرى فيلزمه الفداء في حق من علم بجنايته ونصف القيمة في حق من لم يعلم الجناية، له: أن صيرورة العبد قاتلا، وإن استند إلى وقت الحفر ويظهر أنه صار قاتلا من وقت الحفر إلا أنا جعلناه قاتلا بالحفر السابق بخلاف الحقيقة لضرورة صيانة الدم عن الهدر فأظهرنا صيرورته قاتلا بالحفر في حق الثاني ضرورة أن لا يهدر دمه؛ لأنه تعذر إيجابه على المولى؛ لأنه لا ملك له في العبد حالة الوقوع والجناية وتعذر إيجابه على العبد؛ لأن الحفر انعقد موجبا للحكم على المولى وهذه الضرورة ترتفع متى أظهرنا الإسناد إلى الحفر في حق المشاركة مع الأول في الدية فلا يظهر صيرورته قاتلا بالحفر في حق إيجاب ضمان آخر وهو القيمة على المولى كما لو أعتقه بعد الحفر قبل الوقوع.

(باب جناية العبد في يد الغاصب)

(المبسوط): وإن غصب رجل عبدًا أو جارية فقتل كل واحد رجلًا خطأ ثم قتل العبد الجارية وردّ العبد، فإنه يرد معه قيمة الجارية فيدفعها المولى إلى ولي قتيل

الجارية ويرجع بها على الغاصب؛ لأن قيمة الجارية استحقت من يد المولى بسبب كان عند الغاصب ثم يخير المولى في العبد، فإن اختار الفداء فداه بالدية ورجع بقيمته على الغاصب عند أبي حنيفة، وعندهما لا يرجع.

وإن اختار الدفع دفع العبد كله إلى ولي قتيل العبد في قياس قول أبي حنيفة ويرجع بقيمته على الغاصب وعندهما: يدفعه إلى ولي قتيل العبد وإلى الغاصب على أحد عشر سهما إذا كانت قيمة الجارية ألف درهم سهم للغاصب وعشرة لولي قتيل العبد ثم يرجع المولى على الغاصب بقيمة العبد فيدفع منهما إلى ولي قتيله جزءًا من أحد عشر جزءًا ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا بناء على أن الغاصب لما ملك الجارية بالضمان من يوم الغصب ظهر أن العبد قتل جارية مملوكة له وجناية المغصوب على الغاصب وعلى ماله هدر عنده وعندهما معتبرة كما تبين فعنده كما هدر جناية العبد على الجارية بقيت في رقبته جناية واحدة وهي دم الحر فيدفع كله إلى ولي دم الحر أو يفديه كله إليه وهو يضطر في الدفع أو الفداء أو قد استحق العبد من يده بسبب كان في يد الغاصب في ضمانه فيرجع بقيمته عليه وعندهما لما كانت جناية العبد على الجارية معتبرة كانت في رقبته جنايتان، فإن دفع العبد إليهما مقسوما على قدر حقهما وحق ولي الحر في الدية عشرة آلاف وحق الغاصب في قيمة الجارية ألف درهم فيقسم قدر العبد بينهما على أحد عشر ثم يرجع بقيمته على الغاصب؛ لأن جميع العبد استحق من يد المولى بجناية كانت في ضمان الغاصب بخلاف الفداء؛ لأنه وجب للغاصب على المولى قيمة الجارية؛ لأن جناية عبده على جارية الغاصب معتبرة عندهما وللمولى على الغاصب قيمة العبد فوقعت المقاصة لأنهما اتفقا جنسا ومقدارا ودية الحر مع قيمة العبد مختلفتان جنسا وقدرا فلا يتقاصان، ولو كان الغاصب معسرا وقال له قتيل الجارية: انتظر يساره، دفع العبد إلى ولي قتيله أو فداه ويرجع بقيمته على الغاصب إذا أيسر وبقيمة الجارية مرتين واحدة يدفعها إلى ولي قتيلها وواحدة تسلم له وهذا قول أبي حنيفة، وعندهما: يدفع من العبد عشرة أجزاء من أحد عشر جزءًا إلى ولي قتيله، فإذا أيسر الغاصب دفع إليه الجزء الباقي لجواز أن يؤدي الغاصب قيمة الجارية فيثبت له حق في العبد على

قولهما فمتى دفع جميع العبد إلى ولي قتيل العبد يبطل حق الغاصب في العبد متى أدى قيمة الجارية يوقف جزء من أحد عشر جزءًا مما عليه لحقه، وإن قال ولي قتيلها اضرب بقيمة الجارية في الغلام دفع إليهما على أحد عشر؛ لأن حقه قائم في رقبة العبد للحال وحق الغاصب غير ثابت للحال وفي الثاني عسى يثبت بأن يؤدي قيمة الجارية وعسى لا يثبت بأن لا يقدر على أداء قيمتها، ولا يجوز إبطال حق ثابت لحق عسى يثبت وعسى لا يثبت ويرجع بقيمتها فيدفع إلى ولي قتيلها بما فيها؛ لأن حقه كان ثابتا في جميع العبد وقد وصل إليه عشرة أجزاء من العبد ولم يصل إليه جزء واحد في يد المولى بدله وكان له أن يأخذ ذلك منه ثم يرجع على الغاصب بمثل ذلك كما بيناه ولولي قتيل الجارية أن يأخذ من المولى عشرة أجزاء من قيمتها في رواية؛ لأنه وصل إليه بدل جميع الجارية؛ لأن العبد قام مقام الجارية، وإن كانت قيمته أقل من قيمة الجارية؛ لأن قليل القيمة إذا قتل كثير القيمة ودفع به قام مقام جميعه، فإذا قام العبد مقام جميع الجارية فصار كأنه وصل إليه جميع الجارية بخلاف ولي قتيل العبد؛ لأن حقه كان في جميع العبد ولم يتحول إلى بدله وقد وصل إليه بدل بعض العبد فصار كأنه وصل إليه بعض العبد وكان له أن يأخذ ببدل ما لم يصل إليه من العبد. قتل العبد المغصوب الغاصب هدر دمه.

وكذلك العبد المرهون قتل المرتهن عند أبي حنيفة وعندهما معتبرة حتى يؤمر المولى بالدفع أو الفداء.

لهما: أن في اعتبار جنايته فائدة؛ لأن الغاصب يملكه بالدفع بالقيمة ويملك عبد الغير بالقيمة مقيد كما لو اشترى منه وبالفداء يملك دية نفسه وهي أكثر من القيمة ظاهرا فيحصل للغاصب زيادة على القيمة بدلان في اعتبار هذه الجناية فائدة فوجب اعتبارها.

لأبي حنيفة: أن المولى متى أخذ الضمان من الغاصب يملك الغاصب العبد مستندا إلى وقت الغصب فيظهر أن الجناية صدرت من المملوك على مالكه وجناية المملوك على مالكه هدر؛ لأن المولى لا يستوجب على مملوكه شيئًا وجناية المغصوب على مولاه معتبرة عند أبي حنيفة خلافا لهما كما في الرهن.

(باب جناية المدبر)

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: في جنايته على غير مولاه.

والثاني: في جنايته على مولاه.

والثالث: في سعايته في جنايته.

والرابع: في الجناية على المدبر.

والخامس: في جناية المدبر في يد الغاصب.

(فصل)

ودية جناية المدبر نفسًا وما دونها على مولاه في ماله الأقل من قيمته ومن أرش الجناية، فإن كانت القيمة مثل الدية أو أكثر غرم مثل الدية إلا عشرة دراهم ويضمن قيمته يوم جنى؛ لأنه مملوك رقبة ومنفعة فالتحق بالقنّ؛ لأنه صار مانعا العبد بالتدبير السابق من الدفع وممسكا له فضمن قيمته والأصل هو وجوب الدفع والقيمة عند تعذر الدفع، فإذا تعذر الدفع بمعنى من جهة المولى يصير مختارا للفداء؛ لأن التدبير وجد سابقا على الجناية بل صار مانعا له فأوجبنا الأقل منهما؛ لأن الأقل متيقن وتعتبر قيمته يوم الجناية؛ لأنه عجز عن دفعه يومئذ. واختلفوا في قيمة المدبر قيل ثلث قيمته قنًّا؛ لأن المنافع **ثلاثة أنواع**: البيع وما أشبهه والاستخدام والوطء في الجواري وما يشبهه والإعتاق والكتابة وما يشبهه، وقد بطل نوع واحد وهو البيع وبقي نوعان فبطل ثلث قيمته والصحيح نصف قيمته لو كان قنًّا؛ لأن الانتفاع نوعان: انتفاع بعينه وهو الاستخدام والاستغلال، وانتفاع من حيث التصرفات المزيلة لذلك وقد بطل بالتدبير نوع واحد وبقي نوع آخر فذهب نصف قيمته.

ولو اختلفا في قيمة المدبر فالقول للمولى؛ لأن ولي الجناية يدعي عليه زيادة القيمة وهو ينكر ولا يلزم المولى في جناياته أكبر من قيمة واحدة؛ لأن القيمة من المدبر تنزل من منزلة العبد. ثم العبد إذا جنى جنايات لا يجب إلا دفعه بالجنايات

فكذا هذا ويستنزل في القيمة أصحاب الجنايات يتضاربون في القيمة بقدر حقوقهم؛ لأن القيمة بمنزلة عين العبد فهم يتضاربون في رقبة العبد بقدر حقوقهم فكذا في القيمة.

ولو مات المدبر بعد الجناية فلا فصل أو انتقصت قيمته لم يبطل عن المولى شيء وعليه قيمة تامة؛ لأن قيمته تقررت على المولى.

مدبر قتل قتيلا خطأ وقيمته ألف ثم صارت قيمته ألفين فقتل آخر خطأ فألف درهم للثاني وتحاصا في القيمة الأولى وهي ألف؛ لأن موجب كل جناية يقتصر على حال جنايته فيعتبر القيمة وقت الجناية والزيادة لم تكن موجودة وقت الجناية الأولى فلا تثبت، للأول فيها حق المشاركة فيسلم للثاني، فإن دفع المولى القيمة إلى الأول بغير قضاء غرم للثاني ورجع به على الأول عند أبي حنيفة وعندهما لا يغرم، فإن شاء الثاني اتبع الأول في نصف قيمته، وإن دفع بقضاء لا يغرم شيئًا اتفاقا لهما أن المولى دفع إلى الأول جميع حقه؛ لأن الأول بالجناية استحق دفع جميع القيمة لإيفاء مزاحمة غيره؛ لأن الجناية الأولى صدرت عن محل فارغ عن حق الثاني فخلصت قيمته للأول فلم يصر المولى دافعا إلى الأول قيمة مشتركة فلم يضمن، له: أن بالقتل الثاني ظهر أن حق الأول كان في نصف القيمة؛ لأن المدبر وإن جنى جنايات لا يضمن المولى أكثر من قيمة واحدة وتكون القيمة مشتركة بين أصحاب الجنايات فظهر أن الجناية الأولى لم تنعقد سببا لاستحقاق جميع القيمة بل انعقدت سببا لاستحقاق نصف القيمة فظهر أنه دفع حق الثاني وهو نصف القيمة إلى الأول مختارا بغير إذنه فضمن والأول أخذ زيادة على حقه فيجب عليه رده بخلاف ما لو دفع بقضاء؛ لأنه مضطر في الدفع فيخير عليه من جهة القاضي فصار فعله مضافا إلى القاضي فلم يصر متعديا، ولو أعتقه المولى لا يتغير حكمة كما بينا، وكذلك لو حفر بئرا فوقع فيها إنسان فعلى هذا الخلاف إلا أنه يغرم قيمته يوم الحفر لا يوم الجناية؛ لأن المدبر بالحفر صار قاتلا تسببا فتعتبر قيمته يوم سبب الضمان كقيمة المغصوب. ولو دفع المولى القيمة إلى الأول بغير قضاء بعدما وقع الثاني في البئر غرم الثاني بالإجماع ويرجع على الأول؛ لأن القيمة صارت مشتركة بينهما قبل الدفع فقد دفع بعض حقه إلى غيره بغير إذنه فضمن.

وضع الحجر في الطريق أو سوقة الدابة أو صبه الماء بمنزلة الحفر كما في القن ولو غصب مالًا أو استهلكه يسعى فيه ولم يغرم المولى؛ لأن المماليك في حق الجنايات بمنزلة الأحرار والحر لو جنى على المال يغرم بنفسه، ولو جنى على الآدمي يغرم العاقلة وكذلك المماليك، ولو استهلك لرجلين مالًا فقضى لأحدهما شركة الآخر فيه كالمرتهن قضى بعض الغرماء، ولو مات قبل السعاية بطل ذلك؛ لأن حق الغريم في السعاية قد تعذرت السعاية بفوات محلها، ولو وهب له مال كان غرماؤه أحق به من المولى؛ لأنه كسبه، ولو وهب له مال فكسب العبد تصرف إلى دينه أولا.

(فصل)

ولو قتل مولاه خطأ يسعى في قيمته؛ لأن التدبير وصية للمدبر برقبته وقد سلمت له رقبته؛ لأنه عتق بموت السيد ولا وصية للقاتل فوجب على المدبر رد رقبته وقد عجز عن ذلك بسبب العتق فعليه رد بدلها وهي القيمة. مدبر حفر بئرا فوقع فيها مولاه أو من يرثه مولاه هدر دمه؛ لأن القتل تسببًا لا يوجب حرمان الوصية فصحت الوصية بالتدبير والوصية تنفذ بعد الموت فكان عبدًا قبيل موت المولى والمولى لا يستوجب على عبده مالًا.

ولو وقع فيها مكاتب المولى غرم قيمته يؤخذ بالأقل من قيمة المدبر يوم حفر من قيمة المكاتب يوم سقط؛ لأن المكاتب يستوجب على عبد مولاه مالًا وأيهما أقل يجب؛ لأنه متيقن منه.

ولو قتل مولاه عمدًا فالورثة بالخيار إن شاؤوا قتله وإن شاؤوا استسعوه في قيمته ثم قتلوه. أما القتل فلأن العبد يقتل بالحر قصاصا وأما السعاية؛ لأن التدبير وصية بالرقبة والوصية قد بطلت بقتله مولاه مباشرة وهذه رواية في عبد قتل مولاه عمدًا يقتل.

ولو كان له ابنان فبقي أحدهما يسعى المدبر للذي لم يعف في نصف قيمته ويسعى في قيمة أخرى بينهما؛ لأن بالعفو انقلب نصيب الساكت مالًا والمدبر بعد موت السيد حر والمولى يستوجب على معتقه مالًا، ولو أعتقه المولى في مرضه

ولا مال له سواه ثم قتل مولاه خطأ يسعى في قيمتين عند أبي حنيفة وعندهما يسعى في قيمته والدية على عاقلة مولاه، وكذلك لو كان له مال والعبد يخرج من الثلث؛ لأن المستسعى بمنزلة المكاتب عنده والمكاتب إذا قتل مولاه خطأ يسعى في قيمته وعندهما المستسعى بمنزلة حر عليه دين والمعتق إذا قتل مولاه خطأ يجب الدية على عاقلة مولاه.

مدبرة حبلى قتلت مولاها خطأ فولدت بعد موته لم يسع ولدها في شيء؛ لأن عندهما هي حرة مديونة، وعند أبي حنيفة بمنزلة مكاتبة مديونة ولا سعاية على ولد كلاهما بالإجماع، فإن جرحت مولاها ثم ولدت ثم مات المولى من الجرح تسعى المدبرة في قيمتها ويعتق الولد من الثلث؛ لأن الولد لما انفصل عن الأم صار أصلا في الوصية بالرقبة فصارت وصيته أصلا ومقصودا ولا يبطل ببطلان وصية الأم وهو ليس بقاتل ولا يحرم عن الوصية والأم قاتلة فبطلت وصيتها بالرقبة فيسعى في قيمتها مدبرين اثنين جنى كانت قيمته على الموليين على قدر ملكهما فيه؛ لأنه لو جنى على هذا المدبر كان بدل الجناية بينهما على قدر ملكهما فكذلك بدل كتابته؛ لأن الغرم عليهما يتقدر بقدر الغنم لهما، وإن دبر أحدهما وجنى فعليهما ضمن قيمته عند أبي حنيفة؛ لأن عنده التدبير يتجزأ إلا أن يصيب الساكت صار بحال لا يجوز دفعه بالجناية؛ لأن مدبر البعض لا ينقل من ملك إلى ملك كمعتق البعض ومتى تعذر دفعه فكان عليهما قيمته وعندهما التدبير لا يتجزأ فملك المدبر نصيب شريكه بالضمان.

(فصل)

ولو جنى مدبر بعد موت مولاه ولم يخرج من الثلث يسعى في قيمته؛ لأن المستسعي بمنزلة المكاتب عنده والمكاتب يسعى في قيمته وعندهما هو حر مديون فيكون على عاقلته إلا أن جناية المستسعي توجب القيمة في ذمته من غير قضاء؛ لأنه لا يتوهم دفعه بحال؛ لأن الكتابة الحكمية لا تحصل بالفسخ بخلاف المكاتب الحقيقي، فإنه لا تجب القيمة في ذمته ما لم يقض بالجناية؛ لأنه موهوم الدفع بأن يعجز عن أداء بدل الكتابة فيفسخ بالكتابة فاحتج إلى القضاء لينقل الحق من الرقبة

إلى الذمة، وإن خرج من الثلث كانت على العاقلة اتفاقا؛ لأنه صار حرا بموت المولى، وكذلك لو أعتق في مرضه عبدًا؛ لأن العتق في مرض الموت وصية حتى يعتبر خروجه من الثلث فهذا والمدبر في هذا سواء إلا أنهما يفترقان في حق الجناية على مولاه، فالمدبر لا يسعى في الجناية على مولاه؛ لأنه مملوكه رقبة ومنفعة. وهذا مكاتب عند أبي حنيفة جنى على مولاه والمكاتب يسعى في جنايته خطأ على مولاه، فإن مات قبل أن يسعى وترك مالًا ولم يخرج من الثلث قضى في ماله بالأقل من قيمته ومن أرش الجناية؛ لأن الكتابة الحكمية لا تنفسخ بموته عاجزا وهذا مكاتب وترك كسبا وعليه جناية وسعاية فيبدأ بالجناية؛ لأن دين الجناية آكد وأقوى من دين السعاية، فإن دين الجناية وجب للأجنبي على مملوك غيره والسعاية وجبت للمالك على مملوكه والمملوكية منافية وجوب الدين للمالك على مملوكه وكان المنافي لوجوب السعاية قائمًا لكن هنا لم يمنع الوجوب للضرورة ولكن لا أقل من أن يورث وهنًا ونقصًا فيه، ولهذا لا يحبس المستسعي بالسعاية ولا يجوز الكفالة بها ويحبس بالجناية ويجوز الكفالة بها بعد القضاء. عليه دين وجناية تحاصّا فيما ترك ولا يبدأ بالدين، وإن لم يقض بالجناية ولا يشبه المكاتب، فإنه يبدأ بالدين إذا لم يقض بالجناية والفرق أن دين الأجنبي أقوى من جناية لم يقض بها؛ لأن دين الأجنبي مما لا يسقط بعجزه، فإنه متى مات عاجزا وترك كسبا تعلق الدين به والجناية تسقط متى مات عاجزا حتى لا يتعلق بكسبه فكان المدين أقوى من جنايته فوجبت البداية به وفي المستسعي الجناية والدين قد تساويا؛ لأنها لا تسقط بعجزه حتى إذا مات عاجزا فترك كسبا تعلقت الجناية بكسبه فتساويا في الوكادة والورثة فتحاصا ولو كان ترك ولدا يسعى ولده في ذلك كله الدين والجناية وحق الورثة؛ لأن الكتابة الحكمية آكد وأثبت من الكتابة القصدية وولد المكاتب القصدي بعد موته يسعى في جميع ما على أبيه وكذلك ولذا المكاتب الحكمي بعد موته، ولو سعى في حصة الورثة ولم يسع في حصة الجناية حتى مات وترك ولدا لم يكن على ولده شيء؛ لأن الأب لما أدى السعاية في حال حياته إلى الوارث عتق ولده تبعا له وهذا حر مديون مات وولد الحر المديون لا يسعى فيما على أبيه.

ولـو أوصى بعتق عبده ومات ثـم جنى العبد فالورثة بالخيار إن شاؤوا دفعوا بالجناية وبطل العتق، وإن شاؤوا فدوه متطوعين ثـم يعتقونـه خرج من الثلث ولا يسعى إن لـم يخرج في حصة الورثة؛ لأن الجاني عبد فر؛ لأن الوصية بالعتق أمر بإعتاقه لا إيجاد عتقه فيكون باقيًا على حكم ملك الميت ولم يصر ملكا للورثة؛ لأنه مشغول بالوصية ولكن للورثة فيه حق الملك كما لو كان مشغولا بالدين؛ لأن سبب الدين الملك للورثة وهو موت القريب وقد تحقق إلا أنه تقاعد وتناصر عن إفادة حقيقة الملك للورثة لمنافع وهو كونه مشغولا بحق المورث فلا يتقاعد عن إفادة حق الملك لهم وحق الملك يكفي لجواز الدفع من المكاتب والثابت له حق الملك في كسبه فكذا هـذا فيتخير الورثـة بين الـدفع والفـداء، فإن اختـاروا الـدفع بطلت الوصية لأنهم عجزوا عن تنفيذها وإن فدوه فقد ظهر العبد عن الجناية فعليهم أن يعتقوه ويسعى في ثلثي قيمته إذا لـم يخرج من الثلث وإن أعتقوه عن الميت قبل الـدفع والفـداء لـم يـذكره محمـد، وقـال الفقيـه أبـو جعفـر: إن علمـوا بالجنايـة فقـد اختاروا الفداء، وإن لم يعلموا ضمنوا الأقل من قيمته ومن الجناية؛ لأن الوارث في حق هذا العبد ألحق بالمالك حكمًا حتى كان لهم الدفع أو الفداء فصار كالمالك إذا أعتق العبد الجاني ومدبر الذمي في ذلك كله كمدبر المسلم وتكون جنايته على مولاه؛ لأن الذمي بمنزلة المسلم في حق أحكامنا؛ لأن بعقد الذمة التزم أحكامنا إلا أنه قضي عليه بالسعاية لإسلامه. ثـم إذا جنى كـان حكمه حكـم المكاتب؛ لأن بعد إسلامه وجب إزالة المدبر عن ملكه وقد عجزنا عن إزالة ملكه بالبيع؛ لأنه مدبر فأزلنا ملكه عنه بالكتابة؛ لأن كتابة المدبر جائزة فكان كأنه أم ولد الذمي أسلمت فقضى عليها بالسعاية حتى تؤدي فتعتق نفيا للاستدلال عنها وكذا هذا، وكذلك مدبر الحربي المستأمن؛ لأن ما ترك المستأمن في دارنا ولحق ببلد الحرب لا يزول عن ملكه لبقاء الأمان حتى لا يغنم ماله لعدم نقص الأمان في حق المال وهو عدم إدخال المال دار الحرب، ولا يمكن نقض الأمان في حق المال تبعا للمالك؛ لأن التبعية تنقطع بسائر الدارين فبقي ماله في دار الإسلام معصوما مملوكا إلا أنه إذا دبره في دار الإسلام ثم رجع إلى دار الحرب فسبي عتق المدبر وهو في المسلمين

ولا يغرم ما جنى بعدما سبي؛ لأنه حربي سبي فيكون قنًا والاسترقاق هلاك حكما؛ لأنه انسلبت عنه الملكية والولاية فيعتق المدبر بموت المولى حكمًا كما يعتق بموته حقيقة كما لو ارتد مولاه ولحق بدار الحرب وقضى بلحوقه يعتق مدبره وأمهات أولاده فكذا هذا.

[(فصل)](١)

وجناية الحر على المدبر كالجناية على القن حتى لو قتله حر فعلى عاقلته قيمته، ولو قطع يده غرم نصف قيمته؛ لأن المدبر عبد مال متقوم والعبيد في حق الجنايات ملحقة بالأحرار إلا أنه نصف أرش جنايته لنقصان حالته كما في العبد القن إلا أنهما يفترقان في خصلة وهو أن الحر إذا قطع يدي مدبر أو رجليه أو فقأ عينيه غرم ما نقصه وفي القن يجب كمال القيمة والفرق أن في المدبر تعذر إيجاب كمال القيمة؛ لأنه لا يمكن إزالة الجثة عن ملك المولى إلى ملك الجاني؛ لأنها لا تقبل الانتقال من ملك إلى ملك ولا يجوز أن يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد ولا وجه لإهدار الجناية لأن الجناية وقعت على حال متقوم محترم فأوجبنا النقصان وصونا لحقه عن البطلان وفي القنّ أوجب إزالة الجثة عن ملك الولي إلى ملك الجاني فأزلنا الجثة إليه بالقيمة لئلّا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد.

(فصل)

ولو غصب مدبرًا فجنى في يده غرم المولى أرش الجناية ويرجع على الغاصب بالأقل من القيمة ومن الأرش؛ لأن الأرش وجب على المولى بسبب كان في يد الغاصب فضمانة والقيمة بدل عن الرقبة، ولو أخذ الرقبة من المولى بسبب كان عند الغاصب بأن كان المغصوب عبدًا قنًّا فجنى في يده رجع بقيمته على الغاصب فكذلك بدلها، فإن قتل عبد الغاصب رجلًا وغرم المولى قيمته ورجع بها على الغاصب ثم غصبه آخر فقتل عبده رجل آخر اشتركا في تلك القيمة؛ لأن جناية العبد وإن كثرت وترادفت لا يجب على المولى إلا قيمة واحدة ويرجع المولى

(١) ما بين المعكوفتين في (س): الجامع.

بنصف القيمة على الغاصب الثاني فيدفعها إلى الأول؛ لأن نصف القيمة وجب على المولى بجناية كانت عند الغاصب الثاني فيظهر أن المستحق لِلمولى على الغاصب الأول نصف القيمة وقد أخذ منه كمال القيمة فيرد إليه نصفها ولو قتل عند الغاصب رجلًا فرده إلى المولى ثم قتل رجلًا آخر غرم المولى قيمته لهما ثم يرجع بنصفها على الغاصب يسلم له، عند محمد وزفر وعندهما: يدفع ذلك إلى ولي الجناية الأولى ثم يرجع بذلك على الغاصب ثانيا، لمحمد: أن ما أخذه المولى من نصف القيمة من الغاصب بدل عن النصف الذي أخذه ولي الجناية الأولى؛ لأنه إنما يأخذ نصف القيمة من الغاصب بجناية كانت عنده، فإذا سلم لولي الجناية الأولى أصله لم يستحق عوضه؛ لأنه لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل في ملك واحد.

لهما: أن حق ولي الجناية الأولى في كل القيمة للجاني لأن الجاني حين جنى كان فارغا عن الشغل وإنما منع عنه الشغل النصف لمزاحمة ولي الجناية الثانية ومشاركته إياه، فإذا وصل إلى المولى من قيمة المدبر شيء وجب تسليمه إلى ولي الجناية الأولى حتى يتكامل حقه ثم هو يرجع بذلك على الغاصب؛ لأنه استحق من يده ما أخذه من الغاصب.

ولو قتل في يد المولى ثم قتل في يد الغاصب رجع بنصف القيمة فيرجع فيدفعه إلى الأول ثم لا يرجع به عليه؛ لأنه استحق هذا من المولى لجناية واقعة عند المولى ومحمد أيضًا فرق وقال: بأن هذا استحق ولي الجناية الأولى كل القيمة على المولى ولم يسلم له النصف؛ لأنه أخذ منه ولي الجناية الثانية ولم يسلم له أصل حقه فيستحق بدله وهو النصف للرجوع به على الغاصب وفي الأولى يسلم له الأصل فلا يستحق البدل ولو قتل الغاصب ومملوكه أو من يرثه غاصب فهو هدر ولم يذكر فيه خلافا قبل هذا بالاتفاق بخلاف جناية المغصوب القن على الغاصب معتبرة عندهما؛ لأن في المدبر لا يفيد اعتبار جنايته؛ لأن المدبر لا يجوز دفعه بالقيمة فلا يكون رجوع المولى على الغاصب مفيدا وفي القن يجوز دفعه إلى الغاصب بالقيمة فتكون مبادلة معنى فيكون مفيدا وقيل الخلاف فيهما واحد؛ لأن وجوب القيمة على كل واحد منهما والسقوط بالمقاصة قد تفيد في الجملة بأن أبرأ المولى الغاصب عن القيمة فيرجع الغاصب على المولى بقيمة المدبر لأجل

الجناية وصار كرجلين أتلف كل واحد منهما على صاحبه كر حنطة معا وهما مثلان يجب الضمان لكل واحد على صاحبه ثم يسقط بالمقاصة كما في الوجوب.

فائدة في الجملة بأن يبرئ أحدهما صاحبه فيرجع صاحبه عليه بمثل كُرِّهِ فكذا هذا.

(الجامع) مسائله على فصلين:

أحدهما: جناية المدبر مباشرة.

والثاني: في جنايته تسببا.

(فصل)

مدبر قتل رجلًا خطأ فدفع المولى القيمة ثم قتل آخر خطأ، فإن شاء ولي الثاني أتبع الأول بنصف القيمة، وإن شاء أخذه من المولى ويرجع به المولى على الأول عند أبي حنيفة وعندهما لا يغرم المولى شيئًا وقد مرت في المبسوط: ثم تفرع على قول أبي حنيفة وقال، فإن أخذ ذلك من أحدهما بقضاء ثم قتل المدبر آخر خطأ فوليه بالخيار في سدس القيمة إن شاء أخذه من المولى، وإن شاء من ولي الجناية الأولى ويأخذ أيضًا سدس القيمة من ولي الجناية الثانية بقضاء وما قبض بقضاء ليس للآخر ولولي القتيل الثالث ثلث قيمة المدبر شائعا في جميع القيمة نصف الثلث وذلك سدسي القيمة في النصف الذي أخذه ولي الجناية الثانية بقضاء وما قبض بقضاء ليس للآخر إتباع الدافع وإنما له إتباع القابض لا غير ونصف الثلث في النصف الذمي كان بقي في يد ولي الجناية الأولى وقد قبضه من الولي بغير قضاء وما كان مقبوضا بغير قضاء فلولي الجناية الثانية في ذلك اختيار عند أبي حنيفة، فإن شاء أخذه منه، وإن شاء من المولى، فإن أخذ هذا الثالث بغير قضاء ثم قتل المدبر رابعا، فإن وليه يأخذ نصف سدس قيمته من ولي الجناية الثانية ولا خيار له فيه وهو بالخيار في نصف سدس القيمة إن شاء أخذه من المولى، وإن شاء من ولي الجناية الأولى وهو بالخيار في ربع سدس القيمة إن شاء أخذه من ولي الجناية الثانية أو من ولي الجناية الثالثة وهو بالخيار أيضًا في ربع سدس القيمة إن شاء أخذه من ولي الجناية الثالثة، وإن شاء من الذي دفع ثلث القيمة إلى ولي الجناية الثالثة وتخريجه

وهو أنه وجب لولي القتيل الرابع ربع القيمة شائعا في يد كل واحد من أصحاب الجنايات الثلاث فجعلنا ربع القيمة أثلاثًا وجعلنا القيمة على اثني عشر سهما لحاجتنا إلى الحساب له ثلث وربع ولربع ثلث وأقل ما يخرج منه هذه السهام الاثني عشر فيكون في يد كل واحد من أصحاب الجنايات الثلاث أربعة وقد وجب لولي الجناية الرابعة ربع القيمة وذلك ثلاثة أسهم في يد كل واحد سهم وذلك نصف سدس جميع القيمة سهم في يد ولي الجناية الأولى وقد أخذه بغير قضاء فتخير فيه وسهم في يد ولي الجناية الثانية وقد قبضه بقضاء ولا خيار فيه وسهم في ولي الجناية الثالثة يتخير فيه كما ذكرنا؛ لأنه قبض الثلث الذي في يده من اثنين بغير قضاء؛ لأنه أخذ سدس القيمة من ولي الجناية الثانية وسدس القيمة من المولى أو من ولي الجناية الأولى فيكون لولي الجناية الرابعة ربع السدس في كل واحد من السدسين مع الخيار كما وصفنا.

(فصل)

مدبر حفر بئرًا فمات فيها رجل فدفع المولى قيمته وهي ألف بقضاء ثم مات ولي الجناية وترك ألفًا وعليه ألفان دين لرجلين لكل واحد ألف فوقع في البئر آخر ومات فالألف التي تركها ولي الجناية الأولى تقسم بين الغرماء وبين ولي الجناية الثانية على خمسة أسهم للغرماء أربعة وله سهم؛ لأنه لما وقع في البئر آخر ظهر أن نصف قيمة المدبر وذلك خمسمائة صار دينا لولي الجناية الثانية على ولي الجناية الأولى؛ لأنه ظهر أن القيمة كانت مشتركة بينهما وعلى ولي الجناية الأولى ألفا درهم دين للغرماء وجميع ماله ألف فيكون مقسوما بينهم على خمسة أسهم سهم لولي الجناية وذلك مائتان وأربعة للغرماء، فإن اقتسموا ذلك بقضاء ثم وقع في البئر آخر، فإن وليه يأخذ نصف ما أخذ ولي الجناية الثانية ويتبعان الغرماء فيأخذان تمام ربع الألف منهم؛ لأنه لما وقع في البئر ثالث ظهر أن قيمة المدبر كانت بينهم أثلاثًا لكل واحد منهم ثلثها وكان حق ولي الجناية الثالثة قبل حق ولي الجناية الثانية. وكان له أن يأخذ نصف ما في يد ولي الجناية الثانية ليستويان ثم يتبعان الغرماء بالباقي؛ لأن حقهما في ثلثي القيمة وهي الألف وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان

فيجعل ذلك سهما ويجعل حق الغرماء وذلك ألفان ثلاثة أسهم فصار جميع الألف المتروكة بينهم على أربعة أسهم ثلاثة أسهم للغرماء وسهم لولي الجنايتين وقد وصل إليهما خمس الألف وتلك مائتان بقي إلى تمام ربع الألف خمسون درهما وكان لهما أن يرجعا بذلك على الغرماء فيكون بينهما نصفين، وإن لم يلق ولي الجناية الثانية صاحبه ولقي أحد الغريمين أخذ منه ربع ما أخذ من مال الميت؛ لأن حق ولي الجناية الثالثة في ثلث الألف وحق الغريم الذي لقيه في ألف فصار ما في يد الغريم مقسوما وما بينهما على أربعة أسهم، فإن لقي هذا الغريم صاحبه جمع ما في أيديهما فاقتسماه نصفين لاستواء حقهما.

فإن التقيا صاحب الجناية فاقتسما ما في أيديهما نصفين، فإن التقوا جميعا بعد ذلك قسم ما في أيديهم على ثمانية لصاحبي الجناية الربع وللغريمين ثلاثة أرباعه كما بينا.

(باب ترادف الشجاج على المدبر وطرآن التدبير والكتابة عليهما)

(**المبسوط**): أصله: أن التدبير بعد الجناية لا يهدر السراية وتكون السراية مضمونة على الجاني كأصل الجناية؛ لأن المستحق بضمانهما متحد وهو الولي؛ لأن كلاهما وقعا على ملكه والعتق والكتابة بعد الجناية تهدر السراية حتى لا يجب على الجاني ضمان السراية؛ لأنه اختلف المستحق لضمانها؛ لأنه تعذر إيجاب ضمان السراية للمولى؛ لأن العبد بالعتق زال عن ملكه وبالكتابة صار كالزائل عن ملكه في استحقاق الأرش أيضًا وتعذر إيجاب الضمان للمعتق والمكاتب؛ لأن السراية تبع للجناية وابتداء الجناية لم يرد على حقهما فقطعا السراية عن الجناية كالبيع بعذر الجناية يقطع السراية فكذا هذا وقيمة النقصان يعتبر للحال وقيمة الباقي يعتبر يوم الموت؛ لأن قيمة الناقص لا تكون مثل قيمة الكامل لأنا متى أوجبنا قيمة كاملة يوم الجناية ربما تنقص شيء منه بفعل غيره أو بآفة سماوية وذلك غير مضمون على الجاني فيكون إجحافا به. عبد لرجل شجه رجل آخر موضحة ثم دبره

سيده ثم شجه موضحة أخرى ثم كاتبه ثم شجه موضحة ثالثة ثم أدى الكتابة فعتق ثم شجه موضحة رابعة فمات من ذلك كله فهاهنا حكمان حكم الشجاج وحكم النفس.

أما حكم الشجاج:

أما الشجة الأولى: فيضمن الشاج نصف عشر قيمته وهو عبد صحيح؛ لأن الشجة الأولى لاقته وصادفته وهو صحيح فأرش الموضحة في الحر نصف عشر ديته ففي العبد يكون نصف عشر قيمته ويضمن ما حدث من النقصان من هذه الشجة إلى أن كاتبه المولى؛ لأنه من متولدات جنايته وسرايتها ولم يحدث ما يهدر السراية ويقطعها؛ لأن الحادث فيما بين ذلك التدبير وأنه غير قاطع للسراية فيكون النقصان الحادث فيما بين ذلك مضمونا عليه ويطرح عن الجاني ما انتقص بالتدبير؛ لأن ذلك النقصان الحادث فيما بين ذلك حصل بفعل المولى فيضمن النقصان الحادث قبل التدبير من قيمته قنًّا وبعد التدبير من قيمته مدبرًا ويجب ذلك في مال الجاني لا على عاقلته؛ لأن السراية من الشجة الأولى انقطعت بالكتابة فاقتصرت الجناية على ما دون النفس وضمان الجناية فيما دون النفس على الرقيق في مال الجاني.

وأما حكم الشجة الثانية: فإنه يضمن الشاج نصف عشر قيمته وهو مدبر مشجوج بالشجة الأولى؛ لأن الشجة الثانية لاقته وهو منقوص بذلك ويجب أرش الشجة وما حدث من النقصان إلى أن كاتبه في مال الجاني.

وأما حكم الشجة الثالثة: فإنه يضمن نصف عشر قيمته فهو مدبر مكاتب مشجوج بشجتين للمكاتب؛ لأن الشجة الثالثة لاقته وهو منقوص بذلك ويضمن النقصان الحادث إلى أن عتق المكاتب؛ لأنه من متولدات جنايته، ويطرح عنه نقصان التدبير والشجتين، ولم يذكر محمد رحمه الله حكم ما حدث من النقصان بعد العتق إلى أن مات، وقد روى ابن سماعة عنه أنه قال: يضمن ذلك النقصان، وهو الصحيح؛ لأن النقصان إنما لا يعتبر في الحر؛ لأنه يؤدي إلى أن يصير النقصان مضمونا بضمانين بالأرش وبالدية؛ لأن الدية يجوز أن تكون بدلا عن الكل؛ لأن

دية الناقص وهو الزمن والمقعد مثل دية الكامل الصحيح والشيء الواحد لا يجوز أن يكون مضمونا بضمانين فلهذه الضرورة أوجبنا ضمان الأرش والنقصان وفي العبد متى اعتبرنا النقصان لا يؤدي إلى تضمين النقصان مرتين؛ لأنه يضمن بالشجة الثالثة ثلث قيمته وهو منقوص بالتدبير والكتابة والشجتين ولا يهدر بسراية الشجة الثالثة؛ لأن المستحق للجناية والسراية واحد وهو المكاتب ويجب على عاقلته؛ لأنها آلت نفسا.

وأما حكم الشجة الرابعة: أنه يضمن ثلث الدية ولا يضمن الأرش؛ لأن الشجة الرابعة لاقته وهو حر والجناية على الحر فيما دون النفس فيما له أرش مقدر وسرت إلى النفس ومات فإنها لا تعتبر حتى لا يجب الأرش وضمان النقصان كما بينا.

وأما حكم النفس: فلا شيء على الشاج بسراية الشجة الأولى والثانية؛ لأن سرايتهما مهدرة منقطعة عن الجناية بالعتق والكتابة ويضمن بالشجة الثالثة ثلث قيمته وهو مدبر مكاتب مشجوج بأربع شجات ولا يضمن ثلث الدية، وإن مات حرًا لأن ابتداء الشجة الثالثة لاقت المكاتب فتجب القيمة كمن جرح عبدًا خطأ ثم أعتقه ومات يضمن قيمته ويجب على عاقلته؛ لأن الجناية آلت نفسا؛ لأن سرايتها معتبرة غير منقطعة وإنما ضمن ثلث قيمته لا ربعها؛ لأن الجناية الأولى والثانية حكمهما واحد لأنهما لاقيا عبدًا وقد انقطعت سرايتهما فيعتبران جناية واحدة؛ لأن العبرة في الجنايات لأحكامها لا لأعدادها والجناية الثالثة والرابعة لا بد من اعتبارهما؛ لأن حكمهما مختلف؛ لأن الثالثة لاقت عبدًا وموجها القيمة والرابعة لاقت حرًا وموجها الدية فبان بهذا واتضح أن النفس إنما تلفت معا واعتبارا بثلاث جنايات ثلثها الجناية الأولى وقد هدرت سرايتها وثلثها بالجناية الثانية وسرايتها معتبرة فيضمن ثلث قيمته مشجوجا بأربع شجاج؛ لأن ثلث شجاج منها ضمنها مرة ولا يضمن مرة أخرى وما تلفت بالشجة الرابعة لا يكون مضمونا على الشاج بالشجة الثالثة؛ لأنه مات وهو منقوص بأربع شجاج.

(باب الأمر بضرب عبده فضربه المولى مع المأمور ومات)

(الجامع): مسائله على ثلاثة فصول:

أحدها: في أمر المولى آخر بضرب عبده فضرباه.

والثاني: في أمر أحد الشريكين صاحبه بالضرب وتعليقه العتق بما زاد على الضرب المأمور.

والثالث: في ضرب الشريك وأجنبي آخر.

(الفصل الأول)

أصله أن العبرة في الجنايات بعدد الجناة لا بعدد الجنايات؛ لأن النفس يجوز أن تبرأ من جراحات كبيرة جمة، ويموت من جراحات قليلة موبقة إذا أصابت المقتل والمهلكة فسقط اعتبار عدد الجنايات لتعذرها، ولهذا سقط اعتبار طولها وعرضها وعمقها فكذلك يسقط اعتبار كثرتها وقلتها وبقيت العبرة لأصل الجراحة. رجل له عبد أمر رجلًا أن يضربه سوطا فضربه سوطًا وضربه المولى سوطًا ثم ضربه أجنبي سوطًا آخر ثم مات من ذلك كله فعلى عاقلة المأمور أرش السوط الثاني مضروبا سوطًا وسدس قيمته مضروبا بأربعة أسواط على عاقلة الأجنبي أرش السوط الرابع مضروبا ثلاثة أسواط وثلث قيمته مضروبا بأربعة أسواط ويبطل ما سوى ذلك؛ لأن المأمور ضربه سوطان **أحدهما**: مهدر مع سرايته؛ لأنه كان بإذن المولى فصار مضافا إليه، **والثاني**: معتبر؛ لأن ضربه بغير إذن المولى فيضمن أرشه مضمونًا مضروبًا سوطا؛ لأن العبد كان منقوصا بالسوط الأول والسوط الثالث هدر؛ لأن جناية المالك على مملوكه والسوط الرابع معتبر فيضمن الأجنبي أرشه مضمونا منقوصا ثلاثة أسواط، وإذا مات العبد من هذه الأسواط فقد مات بأربع جنايات والحياة كانت بثلاثة والعبرة في الجنايات تعدد الجناة فانقسم تلف النفس أثلاثًا فكان على الأجنبي ثلث قيمته مضروبا منقوصا بأربعة أسواط وأصاب المولى ثلثها فيكون هدرا وأصاب المأمور ثلثها وقد تلف بجنايتين إحداهما بإذن المولى فيكون هدرا والأخرى بغير إذنه فتكون معتبرة فسقط عنه نصف هذا الثلث وبقي نصفه

مضمونا عليه وذلك سدس قيمة العبد مضروبا بأربعة أسواط، فإن كان المأمور ضربه بثلاثة أسواط والمسألة بحالها فهو كذلك إلا أن على عاقلة المأمور أرش السوط الثالث أيضًا وعلى الأجنبي أرش السوط الخامس مضروبا بأربعة أسواط وثلث قيمته مضروبا بخمسة أسواط؛ لأن المأمور ضربه بثلاثة أسواط الأول بإذن المالك فيكون هدرا والأخريان بغير إذنه فيكون معتبرًا فيضمن أرش السوطين منقوصا بالسوط الأول والسوط الرابع الذي ضربه المولى هدر والسوط الخامس الذي ضربه الأجنبي معتبر فيضمن أرشه مضروبًا بأربعة أسواط، فإذا مات العبد فقد تلف بجنايات خمس إلا أن الجناة ثلاثة فتكون العبرة بعدد الجناة فانقسم التلف أثلاثًا تلف ثلثها بجناية الأجنبي فعليه ثلث قيمته مضروبا بخمسة أسواط؛ لأن العبد يوم الموت منقوص خمسة أسواط وثلثها تلف بجناية المولى فيكون هدر أو ثلثها تلف بثلاث جنايات المأمور الأول هدرًا والآخران معتبران إلا أن العبرة بعدد الجناة فانقسم تلف هذا الثلث نصفين نصفه هدر ونصفه معتبر وذلك سدس قيمة العبد فيجب على عاقلة المأمور سدس قيمة العبد مضروبا بخمسة أسواط.

(الفصل الثاني)

أصله أن الجناية على المماليك متى أتلف نفسا وأفضت موتًا تتحملها العاقلة؛ لأنه ضمان دم وضمان الدم يتحمله العاقلة كما في الحر، وإن اقتصرت على ما دون النفس وما تعذر عن المصارف يجب ضمانه في مال الجاني؛ لأن أطراف المماليك يسلك بها مسلك الأموال؛ لأنها خلقت منتفعة لإقامة مصالح النفوس، ولهذا لا يجرى فيها القصاص؛ لأنها ملحقة لأموال وضمان المال يجب على الجاني العادي للجبر والتلافي. عبد بين رجلين قال أحدهما لصاحبه: اضربه سوطا، فإن زدت فهو حر فضربه ثلاثة أسواط فمات من ذلك كله فعلى الضارب نصف أرش السوط الثاني مضروبا منقوصا سوطا في ماله، وعلى المعتق إن كان موسرا لشريكه نصف قيمته مضروبا بسوطين على الضارب أرش السوط الثالث مضروبا بسوطين ونصف قيمته مضروبا بثلاثة أسواط فيكون ذلك على عاقلته فيستوفيها أولياء العبد ويأخذ المعتقد من ذلك ما غرم ويكون الباقي لورثة العبد؛ لأن السوط الأول كله هدر؛ لأن

نصفه لاقى ملكه ونصفه لاقى ملك شريكه ولكنه بإذنه والسوط الثاني نصفه هدر ونصفه معتبرة؛ لأن نصفه لاقى ملكه ونصفه لاقى ملك شريكه بغير إذنه فيضمن نصف أرش السوط الثاني مضروبا سوطا في ماله لشريكه؛ لأن سرايته انقطعت لما أعتقه فاقتصرت الجناية على ما دون النفس فتجب في مال الجاني وصار العبد كله ملكًا للمعتق بالضمان؛ لأن المعتق بالضمان يملك نصيب الضارب عند أبي حنيفة ويصير مكاتبا له؛ لأنه يوقف عتق هذا النصف على أداء السعاية إليه فالسوط الثالث لاقى مكاتب غيره فيكون معتبرا كله فيضمن الضارب جميع ما نقصه السوط الثالث مضروبا بسوطين؛ لأن السوط الثالث حل به وهو منقوص بسوطين فلما مات العبد فقد مات من ثلاث جنايات إلا أن الجنايتين الأوليين كجناية واحدة لاتفاق واتحاد حكمها وانهدرت سرايتها والجناية الثالثة معتبرة بأصلها وسرايتها وإن عتق العبد بعد ذلك؛ لأن إعتاق المكاتب لا يقطع السراية كما بينا فصارت النفس تالفة بجنايتين إحداهما معتبرة والأخرى مهدرة فيهدر نصف قيمته ويضمن الضارب نصف قيمته مضروبا بثلاثة أسواط؛ لأنه مات منقوصا بثلاثة أسواط ويكون ذلك على عاقلته؛ لأن السوط الثالث لا في مكاتب غيره وقد آلَ نفسًا وكان هذا كسب المكاتب فيأخذ الحالف من كسبه ما ضمنه للضارب؛ لأنه لو كان العبد حيًا وظفر المعتق بماله كان له أن يأخذ من ماله ما ضمن لشريكه فكان له أن يأخذ من كسبه بعد موته، فإذا استوفاه عتق، فإن فضل شيء من كسبه فلورثته الأحرار، وإن لم يكن له ورثة فللحالف؛ لأن ولاءه له ولم يباشر قبله وإنما أمره بقتله فيكون متسببا لقتله والمسبب للقتل لا يحرم عن الميراث، فإن كان المعتق معسرا فلا ضمان عليه وعلى الضارب الضمان كما وصفنا ويكون نصفه في ماله ونصفه على العاقلة فيأخذ الضارب من ذلك نصف قيمة العبد مضروبا سوطين، فإن بقي شيء فلورثة العبد؛ لأن الحالف متى كان معسرا لا يكون للضارب تضمين الحالف وإنما له استسعاء نصيبه فيبقى نصيب الضارب على ملكه وصار نصيبه مكاتبا له؛ لأنه توقف عتق نصيبه على أداء السعاية إليه ونصيب المعتق صار حرا مولى له فكان السوط الأول هدرا والسوط الثاني نصفه هدر ونصفه معتبر كما بينا والسوط الثالث كله معتبر؛

لأن نصفه مكاتب للضارب ونصفه مولى الحالف ثم مات العبد بجنايتين إحداهما معتبرة والأخرى مهدرة فكان على الضارب نصف قيمة العبد مضروبا بثلاثة أسواط نصفه على العاقلة؛ لأن نصفه مكاتب ونصفه معتق الحالف، وموجب جنايته على مكاتب نفسه في ماله وموجب جنايته على معتق غيره على عاقلته وكون ذلك كسب المكاتب فيستوفي الضارب منه مقدار نصف قيمته مضروبا بسوطين؛ لأنه يأخذ من ماله حال حياته؛ لأنه صار دينا عليه فيأخذ أيضًا من تركته بعد وفاته.

(فصل)

ولو كانت المسألة بحالها ثم ضربه الآمر سوطا ثم ضربه أجنبي سوطا ومات من ذلك كله فعلى المأمور نصف أرش السوط الثاني مضروبا سوطا في ماله لشريكه وعلى عاقلة المأمور إن كان المعتق موسرا أرش السوط الثالث مضروبا سوطين وسدس قيمته مضروبا خمسة أسواط وعلى الآمر أرش السوط الرابع مضروبا ثلاثة أسواط وثلث قيمته مضروبا خمسة أسواط في ماله، وعلى عاقلة الأجنبي أرش السوط الخامس مضروبا أربعة أسواط وثلث قيمته مضروبا خمسة أسواط؛ لأن السوط الأول كله هدر والسوط الثالث نصفه معتبر؛ لأن نصفه لا في ملك شريكه بغير إذنه فيعدم الضارب نصف أرشه في ماله لشريكه وسراية الجنايتين مهدرة؛ لأن الحالف أعتق نصيبه بعد السوط الثاني وهو موسر فكان للضارب أن يضمن قيمة نصيبه مضروبا سوطين وصار نصيب الضارب ملكا للحالف بالضمان وصار مكاتبا له، والسوط الثالث معتبر كله؛ لأنه لاقى شخصا نصفه معتق ونصفه مكاتب له والجناية على المعتق والمكاتب معتبرة والسوط الرابع من المولى أيضًا معتبر؛ لأنه لاقى شخصا نصفه مولى الآمر ونصفه مكاتب له وجناية الإنسان على مولاه ومكاتبه معتبرة فيغرم الآمر ما نقصه السوط الرابع منقوصا بثلاثة أسواط، والسوط الخامس من الأجنبي معتبر فيغرم أرش ما نقصه مضروبا أربعة أسواط، وإذا مات العبد من ذلك يغرم الضارب سدس قيمته مضروبا خمسة أسواط؛ لأنه قتل النفس ثلاثة نفر وقد تلف ثلث النفس بجنايات الضارب وهي ثلاثة أسواط إلا أن السوطين الأولين حكمهما واحد وإن سرايتهما مهدرة فيجعل جناية واحدة،

والسوط الثالث بأصله وسرايته معتبرة فهذا الثلث تلف بجنايتين إحداهما معتبرة والأخرى مهدرة فيغرم نصف الثلث وذاك سدس الكل ويجب على عاقلته؛ لأنه جنى على معتق ومكاتب غيره ويضمن الآمر ثلث قيمته مضروبا خمسة أسواط في ماله؛ لأنه جنى على مكاتب نفسه؛ لأنه لم يظهر لعتق نصيبه أثر في حكم من أحكام الجزية وكان الكل مكاتبا له حكما واعتبارا، وعلى عاقلة الأجنبي ثلث قيمته مضروبا خمسة أسواط؛ لأنه جنى على مكاتب غيره ومولى غيره ويكون ما تلف من عاقلة الأجنبي ومن الآمر ومن المأمور للعبد؛ لأنه كسب العبد ويأخذ المأمور من الآمر نصف قيمة العبد مضروبا بسوطين؛ لأن نصفه تلف بإعتاق الآمر ويرجع الآمر بذلك في مال العبد؛ لأن هذا دين له على العبد وما بقي من ماله فلعصبة المولى الآمر إن لم يكن للعبد عصبة؛ لأن الولاء لهما إلا أن الآمر باشر قتله بغير حق فيحرم عن الميراث فيجعل كالميت فيكون ما بقي لأقرب عصبات الآمر.

(باب جناية أم الولد)

(**المبسوط**): وإذا جنت أم الولد فعلى المولى الأقل من قيمتها ومن الأرش؛ لأنه امتنع الدفع بفعله على وجه لم يصر مختارًا لتقدم الاستيلاد على جنايتها فيضمن قيمتها مرة؛ لأنه منع رقبتها مرة واحدة كما في المدبر. فجناية أم الولد مثل جناية المدبر، وإن جنت ثم جنت شارك الثاني الأول وحدث قبل القضاء للأول أو بعده؛ لأن دفع أم الولد ميؤوس فلا تتعلق الجناية برقبتها بل تجب على المولى ابتداء القيمة وهو لم يمنع إلا رقبة واحدة فلم يلزمه إلا قيمة واحدة.

(**الزيادات**): وإذا قتلت أم الولد مولاها ورجلًا عمدًا ولا ولد لها من مولاها فعفا أحد وليي المولى وأحد وليي الأجنبي معا فعلى أم الولد نصف قيمتها للوليين الباقيين؛ لأن رقبتها صارت مستحقة للإتلاف بينهم أرباعا فعفوهما سقط الربعان وبقي نصفها ويجب في مالها دون الولي؛ لأن هذا الدين وجب عليها في حالة الجزية؛ لأن الجناية انعقدت موجبة للقصاص وإنما تنقلب مالًا بالعفو وفي حالة العفو هي حرة؛ لأنها عتقت بموت مولاها وتجب نصف القيمة دون الدية؛ لأنه يجب الجناية الموجودة في الرق، وإن عفيا متعاقبا سعت في ثلاثة أرباع قيمتها؛ لأن

بعفوهما انقلب نصيب شريكهما مالًا واستحقا نصف القيمة إلا أن هذا النصف شائع نصفه فيما وجب للأول ونصفه وهو الأول الربع فيما لم يجب للأول، فإذا ضمنت ربع القيمة إلى نصفها صار ثلاثة أرباع القيمة فيجب ذلك عليها، ثم هذه الثلاثة الأرباع عند أبي حنيفة تقسم على سبيل القول والمضاربة وعندهما على سبيل المنازعة وهي فرع ما إذا قتلت أم ولد رجلًا عمدًا أو آخر خطأ ولصاحب العمد وليان فعفا أحدهما فعلى المولى قيمتها ثلثاها لأولياء الخطإ وثلثها للذي لم يعف وعندهما أرباعا الربع لولي العمد وقد مرت في كتاب الجنايات.

وتخريج هذه المسألة على سبيل المنازعة أن ربع القيمة من النصف الواجب لأحد وليي المولى فارغ عن حق أحد وليي الأجنبي فيسلم له بلا منازعة وربع القيمة وهو الزائد على النصف الواجب فارغ عن حق أحد وليي المولى فيسلم لأحد وليي الأجنبي وربع القيمة وهو الزائد على النصف الواجب فارغ عن حق أحد وليي المولى استوت منازعتهما فيه فكان بينهما نصفين فنصيب كل واحد منهما ثلاثة أثمان القيمة وتخريجه على القول والمضاربة وهو أن في النصف القيمة الواجبة للأول اجتمع فيه حقان حق المولى في جميعه وحق الآخر في نصفه فيضرب كل واحد بمقدار حقه فيصير بينهما أثلاثًا ثلثاه لأحد وليي المولى وثلثه لأحد وليي الأجنبي وقد استحق هو مرة الربع وهو سدس ونصف سدس، فإذا ضممت هذا إلى ذاك فصار له سدسا القيمة ونصف سدس، وإذا قتلت أم الولد مولاها ولها منه ولد سقط القصاص وتسعى في جميع القيمة ولا تسقط حصة ولدها؛ لأن الولد لا يستحق القصاص من مقتول أبيه يجب الدية عليه لابنه، فإن كانت قتلت أجنبيا أيضًا وله وليان فعفا أحدهما يسعى في قيمتها ثلثاها لورثة المولى وثلثها للآخر عند أبي حنيفة وعندهما ثلاثة أرباعها لورثة المولى؛ لأن عنده يقسم على سبيل العول والمضاربة وعندهما على سبيل المنازعة على نحو ما مر، ولو أخذ ورثة المولى قضاء قبل عفو الآخر فورثة الأجنبي يشاركونهم ولا يبيعونها؛ لأنها أدت جميع ما عليها؛ لأن الواجب عليها قيمة واحدة وقد أدت فتخلصت عما عليها وكذلك تعتبر قضاء عندهما. وعند أبي حنيفة هي بالخيار على ما مر في (المبسوط).

وإن أخذوا بعد عفو الآخر فالصحيح أنه يتخير أخذ بقضاء أو بغير قضاء عند أبي حنيفة؛ لأن القضاء يدفع كل القيمة إلى ولي المولى بعد عفو أحد وليي الأجنبي لا يصح فكان وجوده وعدمه بمنزلة، وهما فرّقا بين الدفع بقضاء وبغير قضاء والفرق أن بهذا العفو القاضي لا يأمرها بدفع كل القيمة إليهم مع قيام مستحق آخر فكذا ليس لها أن تدفع بنفسها وقبل العفو لو رفعت الأمر إلى القاضي يأمرها بالأداء إلى ورثة المولى فكذلك إذا فعلت بنفسها؛ لأنها فعلت غير ما يفعله القاضي.

(باب جناية المكاتب والإقرار بها)

(**المبسوط**): مسائله على فصلين:

أحدهما: في جنايته على واحد.

والثاني: في جنايته على اثنين.

(فصل)

مكاتب جَنَى جنايات أو واحدة كان عليه الأقل من قيمته ومن أرش الجنايات؛ لأن المكاتب مملوك للمولى رقبة حر يدًا مطلقًا تصرفا فباعتبار أنه مملوك رقبة يكون موجب جنايته على المولى وباعتبار حرٍّ يدًا وكسبًا يجب أن يكون موجب جنايته عليه فأوجبنا موجب جنايته في اكتسابه حتى يكون موجب جنايته عليهما؛ لأن اكتسابه حق لهما وقد تعذر دفعه بسبب الكتابة فوجبت القيمة في مالهما ويجب الأقل من القيمة ومن الأرش؛ لأن المكاتب عبد إلا أنه تعذر دفعه بسبب الكتابة.

ولو كان ممكن الدفع يتخلص المولى بدفعه، بأن كان الأرش أكبر من قيمة العبد، فإذا تعذر دفعه يتخلص بدفع قيمته كما في المدبر، فإن تكررت الجناية قبل القضاء لزمته قيمة واحدة، ولو جنى فقضى عليه ثم جنى أخرى، فإنه يقضى عليه بقيمة أخرى وقول أبي يوسف الأول وهو قول زفر يلزمه قيمة واحدة وهذا بناء على أن جناية المكاتب لا تصير دينا إلا بالقضاء أو بالصلح أو باليأس عن الدفع بأن يعتق أو يموت وقول أبي يوسف الأول وهو قول زفر يصير دينا بنفس الجناية، له:

أن هذه جناية مملوك تعذر دفعه ولا يتوقف وجوب موجبها دينا في الذمة على القضاء كما في المدبر، لنا: أن جناية العبد تتعلق برقبة العبد ما لم يقع اليأس عن الدفع كما في القن، ولهذا لو هلك العبد بطلت الجناية ولم يقع اليأس عن دفع المكاتب بجواز أن يعجز فيرد في الرق فيدفع أو توافقا وتراضيا على فسخ الكتابة فيفسخ فيعود رقيقا، وإذا كان الدفع موهوما لا ميؤوسًا فلم يحكم بوجوب القيمة حتما لازما بل يتوقف لزومه وتحتمه على ما يوجب توكيده واستحكامه وهو القضاء أو الصلح أو العتق والموت؛ لأنه يعتق وفي آخر جزء من أجزاء جناية فيقع اليأس عن الدفع فيتحتم وجوب القيمة، فإذا جنى بأخرى بعد القضاء بالأولى صار موجب الأولى دينا في ذمته وهذا مكاتب مديون جنى جنايته فيلزمه قيمة أخرى، فإذا جنى قبل القضاء بالأولى فالجنايتان تعلقتا بالرقبة؛ لأنه موهوم الدفع، ولو كانت الرقبة محل الدفع وقع الخلاص عن الكل بدفع رقبة واحدة، فإذا تعذر الدفع يقع الخلاص بدفعة قيمة واحدة، فإن عجز قبل أن يقضي دفعه مولاه أو فداه؛ لأن الجناية لم تصر دينا في ذمته. وهذا عبد مأذون في عتقه جناية فيخير المولى بين الدفع والفداء، فإن قضى عليه ثم عجز بيع فيها إلا أن يقضي عنه مولاه؛ لأن الجناية صارت دينا في ذمته، وهذا عبد مأذون مديون فيباع فيه أو يقضى عنه، وإذا عتق سعى كما يسعى قبله؛ لأن بالعتق وقع اليأس عن دفعه فتقرر موجب جنايته في ذمته. ولو قتل مكاتب قيمته عشرة آلاف أو أكثر رجلًا سعى في عشرة آلاف إلا عشرة؛ لأن الواجب هنا قيمته؛ لأن جناية العبد تتعلق برقبته إذا أمكن دفعه ودفع المكاتب موهوم فتتعلق الجنايات برقبته، فإذا تعذر دفعه بعارض يجب رد قيمته وقيمة العبد متى وجبت بجنايته على الآدمي مقدرة بعشرة آلاف إلا عشرة كما في القن. ولو قتل رجلًا وقيمته ألف ثم قتل رجلًا وقيمته ألفان وخمسمائة فحكمه حكم المدبر ينفر والثاني بالزيادة ويشتركان في الأصل. ولو قتل رجلًا فلم يقض عليه حتى عجز وعليه دين دفع بالجناية وباعة بالدين فيباع فيه، وإن فداه باعه بالدين؛ لأنه ظهر العبد عن الجناية وبقيت ذمته مشغولة بالدين ولو جنى ثم مات ولم يدع شيئًا هدرت قضى عليه أو لم يقض؛ لأنه مات قنًا؛ لأن الكتابة انفسخت بموته عاجزا. ولو مات

عن مال قضي في ماله بالجناية ثم بالكتابة ثم بالإرث؛ لأنه مات عن وفاء فلا تنفسخ الكتابة، وهذا مكاتب مات وفي عنقه جناية فتنقلب الجناية دينا عليه في آخر جزء من جناية لوقوع اليأس عن دفعه ودين الجناية أقوى من دين الكتابة وسائر الديون أقوى منهما كما بينا فيبدأ بالأقوى فالأقوى. ولو كان عليه دين وجناية وكتابة، فإن قضى عليه بالكتابة والدين والجناية سواء؛ لأن الجناية صارت دينا بالقضاء، وإن لم يقض بالجناية يبدأ بالدين؛ لأنه أقوى من دين الجناية، فإنه تعلق برقبته ودين الجناية لم يتعلق برقبته. مكاتبة حيث تم ولدت فعجزت ولم تقض دفعت وحدها، ولو قضى عليها ثم ولدت سعت، فإن وفّى ثمنها بالجناية وإلا بيع ولدها؛ لأن الولد المولود في الكتابة قائم مقام المكاتبة حتى يسعى على نجومها ويعتق بعتقها فيتبع الولد بدينها، ولو كاتب رجل نصف أمة ثم ولدت فجنى أحدهما على صاحبه لزم الجاني الأول من قيمته ومن نصف الجناية نصف ذلك على المولى له ونصفه عليه للمولى فيسقط أحدهما بالآخر قصاصا ولا شيء لأحد على أحد وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن عنده الكتابة تتجزأ فقد جنى على شخص نصفه مكاتب ونصفه قنّ فيكون الأرش بين المولى والمكاتب نصفان وعندهما جميع الأرش للمكاتب؛ لأن عندهما الكتابة لا تتجزًأ فصار كله مكاتبا وجناية عبد المكاتب مثل جناية عبد الحر إلا أنه إذا فدى والفداء أزيد من قيمته فاحشا أو دفع وقيمة العبد أكثر من الأرش فاحشا صح عند أبي حنيفة وعندهما لا يصح؛ لأنه صار مشتريا العبد من المكاتب بغبن فاحش فيجوز عنده خلافا لهما.

ولو جنى مكاتب على مولاه أو عبده أو بنته كانت جنايته عليهم وعلى غيرهم سواء؛ لأن جناية المكاتب على مولاه معتبرة لا يستوجب المولى على مكاتبه دينا، فإن عجز هدرت الجناية قضى بها أو لا؛ لأنه عاد عبدًا قنًا والمولى لا يستوجب على عبده شيئًا.

(فصل)

أصله: أن وصول نصف العبد إلى ولي الجناية كوصول نصف القيمة إليه

ووصول نصف القيمة إليه كوصول نصف الدية في رواية حتى يصير مستوفيا لنصف الدية؛ لأن القيمة بدل الرقبة والبدل قائم مقام المبدل فيجعل وصول البدل إليه كوصول المبدل وفي رواية لم يجعله كوصول الدية. والفرق بين القيمة والعبد وهو أن نصف العبد أمكن أن يجعل بدلا عن نصف الدية فيصير كأن ولي الجناية مشترٍ نصف العبد بنصف الدية وإنما نصف القيمة لا يمكن أن يجعل بدلا عن نصف الدية؛ لأن شراء ألف مثلا بخمسة آلاف لا يجوز فيجعل مستوفيا من الدية بقدر ألف درهم، وإذا قتل المكاتب رجلًا ثم رجلًا خطأ فقضى عليه لأحدهما بنصف قيمته ثم قتل ثالثا فللمقضي له نصف القيمة وللثالث ثلثا القيمة وللأوسط ثلثا القيمة؛ لأن حق المقضي عليه في نصف القيمة صار دينا بالقضاء؛ لأنه حين قضى له فقد قتل قتيلين خطأ فكان حقهما في جميع القيمة فكان حق المقضي له في نصفها فحين قتل الثالث كان نصف الرقبة فارغا عن الجناية مشغولا بالدين وهو نصيب المقضي له فتعلق به حق الثالث وصار النصف له خاصة والنصف الباقي كان مشغولا بحق الثاني إلا أن كونه مشغولا لا يمنع تعلق الثالث فقد تعلق بالنصف المشغول حق الثاني وحق الثاني به فيقسم بينهما على قدر حقهما وحق الثالث في نصف القيمة؛ لأنه وصل إليه نصف القيمة ووصول نصف القيمة إليه كوصول نصف العبد إليه فبقي حقه في نصف القيمة وحق الثاني في جميع القيمة؛ لأنه لم يصل إليه شيء فيقسم النصف المشغول بينهما أثلاثًا ثلثاه للثاني وثلثه للثالث وهو سدس جميع القيمة فحصل للثالث مرة نصف القيمة ومرة سدسها فصار له ثلثا القيمة وهذا على الرواية التي جعل وصول نصف القيمة كوصول نصف العبد وعلى الرواية الأخرى إن كان نصف القيمة ألفًا قائمًا وصل إلى الثالث من الدية قدر ألف بقي حقه في تسعة آلاف وحق الثاني في عشرة آلاف فيكون نصف القيمة مقسوما بينهما على تسعة عشر سهما تسعة للثالث وعشرة للثاني، فإن عجز دفع نصفه للثالث ويبيعه الأول بما قضى له والنصف الآخر يدفع إلى الثاني والثالث أثلاثًا؛ لأنه وصل إلى الثالث نصف العبد ووصول نصف العبد إليه كوصول نصف الدية بقي حقه في نصف الدية وحق الثاني في جميع الدية فيكون النصف المشغول

بينهما أثلاثًا. قتل المكاتب رجلًا خطأ وله وليان أحدهما غائب فطلب الحاضر أن يقضي له بنصف القيمة ثم قتل آخر خطأ يقضي للثاني بثلاثة أرباع قيمة المكاتب؛ لأنه لما قضى للأول بنصف القيمة فقد فرغ النصف عن الجناية وصار مشغولا بالدين فالجناية الثانية صادفته ونصفه فارغ عن الجناية فتعلق حق الثاني بجميعه؛ لأنه لا يزاحمه أحد فيه والنصف الآخر مشغول بالجناية للغائب فتعلق به حق الثاني أيضًا وحق الأول في النصف وحق الثاني في نصف الدية؛ لأن وصول نصف القيمة إليه كوصول نصف العبد، ولو وصل إليه نصف العبد بقي حقه في الدية فكذا هذا فصار النصف المشغول بينهما نصفين.

فإذا عجز المكاتب فالمولى يدفع ربع العبد إلى الغائب أو يفديه بنصف الدية. قتل المكاتب وقيمته ألفان رجلًا خطأ فاعورّ ثم قتل آخر خطأ وقيمته ألف يقضى عليه بألفين ألف للأول؛ لأنه لا حق للثاني فيها؛ لأن قيمتها يوم الجناية الثانية كانت ألفا، فإنه ذهب نصف قيمته بالاعورار بقيت الألف القائمة وقت الجنايتين فيكون بينهما على قدر حقهما وحق الأول في تسعة آلاف ولأنه وصلت إليه ألف وحق الثاني في عشرة آلاف فكانت الألف القائمة مقسومة بينهما على تسعة عشر سهما تسعة للأول وعشرة للثاني فلم يجعل محمد وصول القيمة إليه في هذه المسألة كوصول نصف العبد؛ لأنه جعله مستوفيا من الدية بقدر ألف ولم يجعله مستوفيا لنصف الدية، وفي المسألة المتقدمة جعل وصول نصف القيمة كوصول نصف العبد حتى جعله مستوفيا لنصف الدية فعلم بذلك أن في المسألة روايتين: مكاتب قتل ثلاثة خطأ فوهب أحدهم حصته ثم عجز، سلم ثلث العبد للمولى ويدفع الثلثين أو يفدي؛ لأنه ظهر الثلث عن الجناية بالهبة بعد جنايتهما أو لا يزداد حقهما. عبد جنى جنايتين فعفا أحدهما عن جنايته كان للثاني نصف العبد ولا يزداد حقه فكذا هذا.

(باب جناية المكاتب بين الاثنين)

(المبسوط): أصله أن المكاتب بين اثنين يعتبر كل نصف منه على حدة؛ لأن

حكم كل نصف يخالف حكم النصف الآخر؛ لأن المستحق لكل نصف غير مستحق للنصف الآخر. عبد بين رجلين كاتب أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه ثم جنى يسعى في نصفه وغرم الشريك الأقل من نصفه ونصف الأرش إن لم يرد الكتابة، وكذلك لو كاتبه بإذنه عند أبي حنيفة وعندهما يسعى المكاتب في الجناية كلها إن كانت بإذنه، وإن كانت بغير إذنه فأدى فعتق غرم نصف قيمته لشريكه يوم عتق لا يوم كاتبه وشركه في كسبه؛ لأن عنده الكتابة تتجزأ فيبقى نصيب شريكه قنًّا فيكون موجب الجناية في نصيبه عليه وعندهما الكتابة لا تجزأ فصار العبد كله مكاتبا إلا أنه متى كاتب أحدهما نصيبه بإذن شريكه فالكتابة في الكل مستقرة مستحكمة لا يملك شريكه نقضها؛ لأن إذنه بكتابة نصيبه وهي لا تتجزأ يكون إذنا بالكتابة في نصيب الإذن أيضًا فصار كأنهما كاتبا الكل معا وكانت الكتابة بينهما ويكون الأرش والكسب كله للمكاتب والجناية عليه، ومتى كاتب بغير إذن شريكه فالكتابة في نصيب الساكت غير مستقرة، فإن له فسخها قبل الأداء فصار وجود الكتابة في نصيبه وعدمه بمنزلة فيكون الكسب والأرش بين المكاتب والساكت نصفين.

ولو كاتب أمة مشتركة بغير إذن شريكه وولدت وكاتب الآخر نصيبه من الولد ثم جنى الولد على الأم أو أمة عليه لزم كل واحد منهما ثلاثة أرباع قيمة المقتول عند أبي حنيفة، وإن كانت الجناية من الأم سعت في نصف قيمتها أو ربع أرش الجناية أيهما كان أقل؛ لأن نصف الولد مكاتب تبعا للأم ونصفه مكاتب مقصودًا والأم الجانية نصفها مكاتبة ونصفها قنة وكل نصف منها جنى على النصفين من الولد فالنصف الذي هو مكاتب من الولد تبعا جنى عليه ونصف الأم ونصف ذلك النصف مكاتب وجناية المكاتب كعلى كسبه هدر؛ لأن موجب جنايتها عليها ونصف ذلك النصف أقر أنه والجناية من الرقيقة على مكاتب الغير معتبرة فيضمن الساكت قيمة ربع الولد، وأما النصف الذي هو مكاتب من الولد مقصودا بجنايتهما عليه معتبرة كلها؛ لأن جناية المكاتبة أو القنية على مكاتب الغير معتبرة وربع أرش هذا للولد خاصة.

وإن كان الجاني هو الولد بالنصف الذي هو مكاتب هدر ربع دينار وسعى الولد في الأقل من نصف قيمته وربع دية المكاتبة لها؛ لأن نصف الولد مكاتب معا فتكون جناية كسب المكاتبة على المكاتبة وذلك هدر ونصفه مكاتب مقصودا فتكون جنايته مكاتب الغير على مكاتب الغير فتكون معتبرة، وأما النصف الذي هو رقيق من الأم فجناية الولد على كله معتبرة؛ لأنها جناية المكاتب على أمة الغير أو أمة مولاه وهي معتبرة فعليه أن يسعى في الأقل من نصف قيمته ومن ربع أرش الجناية للساكت فيكون جملة سعايته ثلاثة أرباع قيمته ربع للمكاتبة وربعين للساكت.

(فصل)

عبد بين رجلين فقأ العبد عين أحدهما ثم كاتب المفقوءة عينه نصيبه منه ثم جرحه جرحا آخر فمات منهما سعى المكاتب في الأقل من نصف القيمة وربع الدية وعلى المولى الذي لم يكاتب نصف قيمة العبد لورثة المقتول؛ لأن نصف المكاتب قتل نصف الحر بجنايتين؛ لأنه جنى عليه قبل الكتابة وبعدها فما تلف بالجناية قتل بالكتابة وهو الربع هدر جناية عبد على مولاه وما تلف بالجناية بعد الكتابة وهو الربع معتبر؛ لأنه جناية مكاتب على مولاه فضمن المكاتب الأقل من نصف قيمته ومن ربع الدية؛ لأنه لما هدرت الجناية قبل الكتابة صار كأنه جنى النصف المكاتب على ربع مولاه لا غير وأما نصف الساكت فلأنه قبل الجنايتين فكلاهما معتبران؛ لأنه جناية عبد الغير على أجنبي فضمن الساكت نصف قيمته إلا أن العبد إن كان قد أدى وعتق لم يجب على الساكت نصف القيمة ما لم يصل إليه نصيبه بضمان أو سعاية؛ لأن قيمة نصيبه في الكتابة وجبت على المكاتب حال حياته فما لم يصل إليه حقه من تركته لا يلزمه إيفاء نصف القيمة. عبد بين رجلين فجنى على أحدهما باع الآخر نصف نصيبه من المجني عليه وهو يعلم بالجناية ثم جنى عليه جناية أخرى ثم الذي باع ربعه اشترى ذلك الربع بمكاتب المجني عليه نصيبه منه ثم جنى عليه ثالثة ثم أدى المكاتبة فعتق ثم مات المولى من الجنايات فعلى المكاتب بجنايته وهو مكاتب الأقل من نصف قيمة العبد ومن سدس وربع

سدس الدية؛ لأن نصف المكاتب قتل نصف الحر بثلاث جنايات جنايتان قبل الكتابة وهما مهدرتان لأنهما جناية عبد على مولاه وجناية بعد الكتابة وهي معتبرة؛ لأنها جناية المكاتب على مولاه ، فالمهدرتان صارتا كجناية واحدة؛ لأن حكمها واحد فبقيت جنايتان إحداهما مهدرة والأخرى معتبرة فضمن المكاتب ربع الدية، وأما نصف الساكت فربعه المبيع قبل ربع الحر جنايات جناية قبل البيع وهي مهدرة؛ لأنها جناية مملوك على مولاه وجناية بعد الكتابة وهي معتبرة؛ لأنها جناية مملوك على أجنبي فصار كل سهم على ثلاثة أسهم فسهمان من هذا الربع مضمون وسهم مهدر والكل على اثني عشر والرابع الذي لم يبعه قبل ربع الحر بثلاث جنايات جناية قبل البيع وقد تلف بها سهم من الحر وقد صار المولى مختارا لذلك السهم من الدية بالبيع وجناية بعد البيع وجناية بعد الكتابة فهما معتبرتان؛ لأنها جناية مملوك على أجنبي وهاتان الجنايتان حكمهما واحد فتعتبران كجناية واحدة فصار كأن هذا الربع جنى جنايتين صار المولى مختارا إحداهما دون الأخرى فصار المولى مختارًا لسهم ونصف من الدية ومن الربع الذي باع صار مختارًا لسهم فيصير مختارًا لسهمين ونصف من النصف الذي للساكت فيكون سدس وربع سدس من اثني عشر ولم يصر مختارا لسهمين ونصف سهما ونصف من هذا الربع وسهما من الربع الذي باعه وهدر نصف سدس الدية وذلك سهم من اثني عشر.

ولو قطع يد رجل حرّ ثم باعه أحدهما من صاحبه وهو يعلم ثم اشتراه فقطع يد آخر وفقأ عين الأول فماتا قيل لِلمشتري ادفع نصفك إليهما نصفين أو افده بعشرة إلا وبينهما وقيل للبائع افدِ الأول بربع الدية وادفع نصفك إليهما أثلاثًا ثلثه إلى الأول وثلثه إلى الثاني أو افده من الأول بربع الدية ومن الثاني بنصف الدية؛ لأن النصف الذي لم يبع قبل نصف كل واحد منهما إلا أن نصف أحدهما بجنايتين والآخر بجناية واحدة وكلتاهما معتبرتان فيخاطب بالدفع أو الفداء والنصف الذي باع قبل نصف كل واحد منهما إلا أن نصف أحدهما بجنايتين بجناية قبل البيع وهو القطع وقد صار مختارا للربع الذي تلف بهذه الجناية بالبيع فعليه ربع الدية وبجناية بعد البيع وهو الفقء ولم يصر مختارًا لما أتلف بهذه الجناية فبقي في نصيبه ربع دية أحدهما ونصف دية الآخر فدفع نصيبه إليهما أثلاثًا أو الفداء.

(باب إقرار المكاتب بالجناية)

(المبسوط): أصله أن المكاتب في حق الجناية يوجب المال بمنزلة الحر؛ لأنه استجاب المال على نفسه، فالمكاتب من أهل استيجاب المال على نفسه بخلاف العبد لو أقر بجنايه توجب المال لا يصح؛ لأن موجبها يجب على مولاه، فحصل مقرًا على مولاه فلم يصح، وإذا أقر المكاتب بجنايته عمدًا أو خطأ لزمه؛ لأنه في حق الجناية ملحق بالحر.

ولو قضى عليه بجناية خطأ ثم عجز هدر دمه عند أبي حنيفة، وعندهما يؤاخذ بها ويباع فيها بناء على أن المكاتب لو أقر بجناية موجبة للمال لا يؤاخذ به بعد العجز عنده صارت دينًا عليه أولًا، وعندهما يؤاخذ به إذا صار دينًا عليه بالقضاء.

ولو أعتق ضمن قضاءها أولًا، وكذلك لو صالح ولي العمد وقد أقر به ثم عجز هدرت عند أبي حنيفة، وعندهما يباع فيه؛ لأن القصاص بعد الصلح صار موجبًا للمال، وأصل الجناية ثبتت بإقراره، فكأنه أقر بجناية موجبة للمال والمكاتب متى أقر بجناية موجبة للمال لا يؤاخذ به بعد العجز عند أبي حنيفة، وعندهما يؤاخد به إذا صار دينا عليه وهنا صار دينا عليه بالصلح.

ولو أقرت مكاتبة على ولدها لم يلزمها عتق أو عجز؛ لأن الولد مكاتب لمولاها حتى يملك إعتاقه، والمكاتب متى أقر على مكاتب مولاه بدين أو بجناية موجبة للمال لا يصح، فإن مات وترك وفاء قضي في ماله بالأقل؛ لأن الولد لو كان حيًا وفي يده كسب صح إقرارهما في ذلك المال؛ لأن كسب الولد لها فصارت مقرة على نفسها وصار كالوارث أقر على مورثه بعد موته صح؛ لأنه إقرار على نفسه.

ولو أقر الولد على أمه بجناية لم يثبت، فإن ماتت الأم لزمه الأقل من الدين والكتابة؛ لأن الفاضل من دين المورث يكون له فيقدر الفاضل من دينه حصل مقرًا على نفسه وصار كالحر إذا أقر على مورثه بدين ثم مات المورث وعليه دين صح الإقرار بالفاضل من دينه فكذا هذا، فإن عجز بعد ذلك لم يلزمه؛ لأنه صار قنًا، وإن كان قد أدى ثم عجز لا يسترد من المقر له؛ لأن إقراره بذلك قد صح.

ولـو أقـرت الأم على ابنهـا بجناية ثـم قتـل الابـن خطأ وأخذت قيمتـه قضـى بمـا أقـرت فـي القيمـة؛ لأن بـدل الولـد تكـون الأم ككـسبه فـصارت مقـرة علـى نفـسها، وكذلك لو أقرت على ابنها بدين وفي يده مال ولا دين عليه جاز إقرارها بالدين في كسبه؛ لأن كسب ولدها لها فصارت مقرة على نفسها، فصح والله أعلم بالصواب.

تم الكتاب بحمد الله وعونه.

يتلوه في المجلد الثامن: كتاب الحدود.

الحمد لله وحده وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم.

حسبنا الله ونعم الوكيل.

كتاب الحدود[1]

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الحد، وتفسيره، وسبب وجوبه، وركنه، وشرطه، وحكمه شريعة.

أما مشروعيته:

أما حد الزنا: لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور: ٢]، ولقوله عليه الصلاة والسلام: "**الْبِكْرُ بِالْبِكْرِ: جَلْدُ مِائَةٍ، وتغريب عام، وَالثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ: جَلْدُ مِائَةٍ ورجم بالحجارة**"[2].

---

(١) الْحُدُودُ جَمْعُ حَدٍّ، وَهُوَ فِي اللُّغَةِ الْمَنْعُ، وَمِنْهُ سُمِّيَ كُلٌّ مِنَ الْبَوَّابِ وَالسَّجَّانِ حَدَّادًا، لِمَنْعِ الأَوَّلِ مِنَ الدُّخُولِ، وَالثَّانِي مِنَ الْخُرُوجِ. وَسُمِّيَ الْمُعَرِّفُ لِلْمَاهِيَّةِ حَدًّا، لِمَنْعِهِ مِنَ الدُّخُولِ وَالْخُرُوجِ. وَحُدُودُ اللَّهِ تَعَالَى مَحَارِمُهُ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿تِلۡكَ حُدُودُ ٱللَّهِ فَلَا تَقۡرَبُوهَاۗ﴾ [البقرة: ١٨٧].

وَالْحَدُّ فِي الاصْطِلَاحِ: عُقُوبَةٌ مُقَدَّرَةٌ وَجَبَتْ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى، وَعَرَّفَهُ الشَّافِعِيَّةُ وَالْحَنَابِلَةُ بِأَنَّهُ عُقُوبَةٌ مُقَدَّرَةٌ عَلَى ذَنْبٍ وَجَبَتْ حَقًّا لِلَّهِ تَعَالَى كَمَا فِي الزِّنَى، أَوِ اجْتَمَعَ فِيهَا حَقُّ اللَّهِ وَحَقُّ الْعَبْدِ كَالْقَذْفِ فَلَيْسَ مِنْهُ التَّعْزِيرُ لِعَدَمِ تَقْدِيرِهِ، وَلَا الْقِصَاصُ لأَنَّهُ حَقٌّ خَالِصٌ لآدَمِيٍّ. وَعِنْدَ بَعْضِ الْفُقَهَاءِ: هُوَ عُقُوبَةٌ مُقَدَّرَةٌ بِتَقْدِيرِ الشَّارِعِ، فَيَدْخُلُ الْقِصَاصُ.

وَيُطْلَقُ لَفْظُ الْحَدِّ عَلَى جَرَائِمِ الْحُدُودِ مَجَازًا، فَيُقَالُ: ارْتَكَبَ الْجَانِي حَدًّا، وَيُقْصَدُ أَنَّهُ ارْتَكَبَ جَرِيمَةً ذَاتَ عُقُوبَةٍ مُقَدَّرَةٍ شَرْعًا.

انظر: مختار الصحاح مادة: (حدد) والتعريفات للجرجاني، ابن عابدين ١٤٠/٣ ط. دار إحياء التراث العربي، والطحطاوي ٣٨٨/٢ ط. دار المعرفة، وكشاف القناع ٧٧/٦ ط. عالم الكتب، ونيل المآرب ٢٥٠/٢، والاختيار ٧٩/٤ دار المعرفة، وحاشية الزرقاني ١١٥/٨ ط. دار الفكر، وبداية المجتهد ٣٣٠/٢، والوجيز ١٦٤/٢، ونيل الأوطار ٢٥٠/٧ ط. الجيل، وسبل السلام ٢/٤ ط. المكتبة التجارية الكبرى، وفتح القدير ١١٣/٤، والبدائع ٥٦/٧، وحاشية الشرقاوي على شرح التحرير ٤٢٧/٢.

(٢) أخرجه أحمد ٤٧٦/٣ (١٦٠٠٥). وابن ماجه (٢٦٠٦) قال: حدثنا علي بن محمد. كلاهما: (أحمد بن حنبل، وعلي) قالا: حدثنا وكيع، قال: حدثنا الفضل بن دلهم، عن الحسن، عن قبيصة بن حريث، عن سلمة بن المحبق.

وأما حد القذف: لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ ثَمَٰنِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤].

وأما حد شرب الخمر: فلإجماع الصحابة كما يأتي، ولأن الحاجة ماسة إلى شرع الزواجر والروادع على مباشرة الجرائم والكبائر؛ لأن السفهاء لا ينزجرون عن ارتكاب الكبائر بمجرد النواهي والوعيد والتوبيخ اعتمادًا منهم على عفو الله تعالى وتجاوزه عنهم بفضله، فلا بد من تعليق عقوبة زاجرة بمباشرة الكبيرة؛ ليكون خوف المرء العقوبة صادًّا وصارفًا لهم عن التجاسر على الكبائر، فيبقى العالم على نظم الصلاح والاستقامة؛ لأن إخلاء العالم عن إقامة الزواجر يؤدي إلى الفساد والانخرام[(١)].

وأما تفسيره:

فالحد لغة: عبارة عن المنع، يقال: حدت المرأة، إذا منعت نفسها عن الزنا، ولهذا يسمى البواب حدادًا، أي: مناعًا، ويقال: حدود الدار والأرض أي: مانعة عن اختلاط الأملاك.

إلا أن متعارف الشرع: اسم لكل عقوبة مقدرة وجبت زجرًا على جريمة مخصوصة حقًّا لله تعالى على الخلوص لتكون زاجرة ورادعة عن الإقدام والتجاسر على تلك الجريمة، ولهذا لا يسمى القصاص حدًّا، وإن كانت عقوبة زاجرة؛ لأنها وجبت حقًّا للآدمي، والتعزير لا يسمى حدًّا؛ لأنه ليس بمقدر، وإن كان أشد وأغلظ عقوبة من سائر الحدود.

وأما سبب وجوبها: فارتكاب كبيرة مخصوصة ومباشرة جريمة متمحضة وهو الزنا والقذف وشرب الخمر[(٢)].

---

(١) انظر: ابن عابدين ١٤٠/٣، والطحطاوي ٣٨٨/٢، والشرح الصغير ٤٢٥/٤ ط. دار المعارف، والتاج والإكليل على مواهب الجليل ٢٧٦/٦، و٣١٩، والمنثور في القواعد ٣٩/٢ وما بعدها، وكشاف القناع ٧٧/٦، ٨٩، ١٠٤، ١١٦، ١٢٨، ١٤٩، والمغني ١٥٦/٨ وما بعدها، وتبصرة الحكام ١٣٥/٢ ط. دار الكتب العلمية، والقليوبي ٢٠١/٤.

(٢) انظر: ابن عابدين ١٧٣/٣، والقوانين الفقهية ٣٥٠، وروضة الطالبين ١٠٦/١٠، ١٠٧، والمغني ٢١٧/٨ ط. الرياض، وكشاف القناع ١٠٤/٦.

وأما ركنه: فإقامة الإمام أو نائبه في الإقامة؛ لأن بالإقامة ينزجر من يقام عليه بمذاقه الألم وينزجر غيره بالاعتبارية، وإن أقدم فيتحقق به معنى الحد وهو كونه مانعًا صادًّا له.

وأما شرطه: فيكون من يقام عليه صحيح العقل سليم البدن، ويكون من أهل الاعتبار والابتدار[١] حتى لا يقام على المجنون والسكران والمريض وضعيف الخلقة إلا بعد الصحة والإفاقة؛ لأن المجنون والسكران ليسا من أهل الاعتبار والابتدار، والمريض لا يستطيق ألم الضربات فيصير معرضًا للهلاك[٢].

وأما حكمه: فانزجار من يقام عليه بمذاقه الألم وانزجار غيره بالاعتبار فلا تهمة ولا إقدام ليكون حربًا وتنكيلًا في الدنيا[٣].

وأما تمحيص الذنوب وانمحاء الذنوب والإثم ونيل المثوبة فليس بحكم خاص للحد، بل هو من حكم التوبة، ولهذا يقام الحد على الذمي، ولو كان إقامة الحد للتطهير وانمحاء الذنوب لكان لا يقام عليه؛ لأن الكافر ليس بأهل لذلك، والله أعلم.

(باب معرفة الزنا)

(المبسوط): يحتاج إلى: معرفة الزنا، وركنه، وشرطه، ومقدار حده.

أما معرفته: فالزنا الموجب للحد هو الوطء في القبل المشتهاة المتعري عن شبهة الحل والاشتباه، فإن جامع ميتة أو بهيمة أو صبية لا يوصف ذلك الفعل بالزنا لعدم الاشتهاء في حق الفاعل، فإن من له الطباع السليمة والعقول المستقيمة تعوّد

---

(١) يقال: ابْتَدَرَ القومُ أَمرًا وتَبادَرُوهُ أي بادَرَ بعضُهم بعضًا إليه أَيُّهُمْ يَسْبِقُ إليه فَيَغْلِبُ عليه.
وبادَرَ فلانٌ فلانًا مُوَلِّيًا ذاهبًا في فراره.
وفي حديث اعتزال النبي، صلى الله عليه وسلم، نساءَه، قال عُمَرُ: فابْتَدَرَتْ عيناي ؛ أَي سالتا بالدموع.

(٢) انظر: البدائع ٥٨/٧، وابن عابدين ١٤٥/٣، ١٤٦، ومواهب الجليل ٢٩٥/٦، والقوانين الفقهية ٣٤٥، وروضة الطالبين ٩٩/١٠، والمغني ١٥٩/٨، ١٧٠، ١٧١، ٢١١.

(٣) انظر: ابن عابدين ١٤٠/٣، والاختيار ٧٩/٤، والطحطاوي ٣٨٨/١، والفتاوى الهندية ١٤٣/٢.

النفرة عن جماع الميتة والصبية والبهيمة(١).

وأما كونه متعريًا عن الشبهة شرط حتى إن وطء المجنون والصبي العاقل لا يكون زنا؛ لأن فعلهما لا يوصف بالحرمة، وكذلك وطء الحائض والنفساء والجارية المجوسية والأخت من الرضاع والجارية المشتركة ونحوها لا يوجب الحد؛ لأنه غير متعرٍّ عن شبهة الحل لقيام الملك، وأصله قوله صلى الله عليه وسلم: "**ادْرَؤُوا الْحُدُودَ بِالشُّبُهَاتِ ما استطعم**"(٢).

وأما ركنه: فالتقاء الختانين ومواراة الحشفة؛ لأن بذلك يتحقق الإيلاج والوطء فيقوم به الزنا.

وأما شرطه: فالعلم بالتحريم حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة، وأصله ما روى سعيد بن المسيب: "أن رجلًا زنا باليمن، فكتب في ذلك عمر رضي الله عنه: إن كان يعلم أن الله تعالى حرم الزنا فاجلدوه، وإن كان لا يعلم فعلِّموه، وإن عاد فاجلدوه". لأن الحكم في الشرعيات لا يثبت إلا بعد العلم، وإن كان الشيوع والاستفاضة في دار الإسلام أقيم مقام العلم ولكن لا أقل من إيراد شبهة لعدم التبليغ والإسماع بالحرمة.

وأما مقدار حده: فحد الزنا في حق البكر مائة جلدة، وكذلك حد الثيب إن لم يكن محصَّنًا بالآية والبينة، وحدُّ الرقيق نصف حد الحرِ لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] والمراد من المحصنات الحرائر.

---

(١) انظر: ابن عابدين ١٥٠/٥، وحاشية الشبراملسي على المنهاج ٤٣١/٧، والمغني ٨٠٧/٨.

(٢) أورده الباغندي في مسند عمر بن عبد العزيز (ص٢٦٦، رقم ٤٨ - طبعة مكتبة دار الدعوة)، وعزاه لأبي مسلم الكجي، وابن السمعاني في ذيل تاريخ بغداد. وأورده السخاوي في المقاصد (ص٣٠، رقم ٤٦) وعزاه لأبي سعد ابن السمعاني في الذيل في ترجمة الحسين بن علي بن أحمد الخياط المقرئ. قال العجلوني (٧٣/١): قال السخاوي: قال شيخنا - يعني الحافظ ابن حجر - : وفي سنده من لا يعرف انتهى. وللحديث أطراف أخرى منها: "**ادفعوا الحدود بكل شبهة**".

(باب ما يسقط الحد وما لا يسقطه)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: سقوط الحد عن أحدهما لعدم الوجوب على الآخر.

والثاني: في سقوط الحد بدعوى الشبهة.

(فصل)

أصله: أنَّ الحد متى لم يجب على المرأة أصلا أو تعذر استيفاؤه عليها لا يجب على الرجل بالإجماع، ومتى لم يجب على الرجل أصلًا لم يجب على المرأة بالإجماع؛ لأن الزنا مشاركة في الفعل وهو مماسة الفرجين بالتقاء الختانين كالمتعانقين فمتى امتنع الوجوب على أحدهما للحل أورث الشبهة في فعل الآخر، وإن انعقد فعله موجبا للحد لكن بطل الحد عنه لمعنى عارض لا يمنع الوجوب على المرأة عند أبي حنيفة وعندهما يمنع كما سيأتي.

زنا الرجل بامرأة خرساء أو بامرأة تقول هو زوجي لا حد عليه؛ لأنه يجوز أنها لو تكلمت تدعي شبهة تسقط الحد وهو النكاح ودعواها معتبرة؛ لأن بتصادقهما يثبت النكاح، ولو زنى بصبية أو مجنونة أو نائمة يجب الحد عليه، ولو زنى الصبي والمجنون بعاقلة بالغة لا حد عليها خلافًا لزفر والشافعي.

لهما: أنها زانية؛ لأن الزنا فعل قضاء شهوة الفرج على وجه يمحض الحرمة على قصد سفح الماء دون طلب الولد وهذا الفعل وجد منهما لأن قضاء الوطء يحصل بتماس الفرجين والتماس فعلهما يقوم بهما، وكان فعلهما زنا إلا أنه امتنع وجوب الحد على الرجل لمعنى يخصه وهو الصبي والمجنون ولا يمتنع عليها كالعاقل البالغ إذا زنى بصبية أو مجنونة.

لنا: أن فعلهما هو التمكين من الوطء وهذا التمكين لم يتمحض حراما؛ لأن هذا تمكين من فعل الصبي والمجنون وفعلهما لا يوصف بكونه حراما فالتمكين من هذا الفعل لا يتمحض حراما؛ لأن التمكين من الفعل تمهيد لحصوله وتسبيب لوجوده والسبب من فعل ليس بحرام لا يكون حراما كما لو مكنت نفسها من النائم لا يجب

عليها الحد؛ لأن فعله لم يكن حراما بخلاف ما لو زنى بصبية أو مجنونة أو نائمة؛ لأن فعله حرام محض؛ لأن فعله مباشرة لقضاء الوطء أصلا وليس بتمكين من فعلها ولا تسبيب بحصوله فيكون زنا والمكره على الزنا إذا زنا بمطاوعة قال أبو حنيفة: أولا عليه الحد وهو قول زفر والشافعي؛ لأن الزنا من الرجل لا يتحقق إلا بعد انتشار الآلة ونهوضها وذلك دليل الطواعية ثم رجع وقال: لا حد عليه وهو قولهما؛ لأن الانتشار وإن كان يحصل عن هيجان الشهوة وانبعاثها ولكن ليس على كل من يشتهي يزني بل يمتنع عن الزنا خوفا من العقوبة في الآخرة والمذمة في الدنيا وكان ارتكابه الزنا عن إكراه وإجبار لا عن طوع واختيار.

وذكر في المبسوط: إن المكرهة على الزنا لا تحد عندهما ولم يذكر قول أبي حنيفة، وفي شرح الجامع الصغير أنها تحد عند أبي حنيفة.

لهما: أن فعل الرجل أصل وفعلها تمكين منه، فإذا لم يتمحض فعله حراما بسبب الإكراه لا يتمحض فعلها حراما كما لو زنا بها صبي أو مجنون له أن الحد على المرأة إنما يجب بالتمكين من الزنا وقد مكنت من الزنا؛ لأن فعل المكره زنا؛ لأنه يخاطب بخطاب تحريم الزنا فيكون حرامًا يوجب الامتناع عنه، ولهذا لو امتنع عنه حتى قيل يصير شهيدًا لكن امتنع الحد عنه لمانع وهو الإكراه؛ لأنه مرخص في الجملة ولا مانع في حقها فيجب الحد بخلاف الصبي والمجنون؛ لأن خطاب التحريم قاصر عنهما فلا يكون فعلهما حرامًا حرمة توجب الامتناع عنه والمؤاخذة به.

الحربي المستأمن إذا زنى بامرأة مستأمنة فعندهما لا حد عليهما في شيء من الحدود إلا حد القذف، وعند أبي يوسف عليهما الحدود كلها، وإن كانت ذمية أو مسلمة فعند محمد لا يحدان، وعند أبي يوسف يحدان، وعند أبي حنيفة تحد المرأة دون الرجل.

لأبي يوسف: إن المستأمن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا كما التزم الذمي مدة عمره ومن أحكامنا إقامة الحدود.

لمحمد: إنه ما التزم أحكامنا وإنما دخل دارنا ليقضي حوائجه ويتجر معنا ثم

يعود فيكون ملتزما ما يتصل بالمعاملات من حقوق العباد وهذه الحدود خالص حق الله تعالى فلا يصير ملتزما لها بالأمان، ولهذا لا يقتل به المسلم ولا الذمي فلم يتمحض فعله حرامًا فلا يتمحض تمكين المسلمة والذمية حرامًا، وأبو حنيفة فرق بينهما وهو أن فعل المستأمن حقيقة؛ لأنه تمحض حراما؛ لأن الكفار مخاطبون بالحرمات بالإجماع وهو يعتقد حرمة الزنا، فإنه كان حرامًا في الأديان كلها، فإذا لم يتمكن بشبهة الإباحة في فعل المستأمن لم يتمكن في فعلها فيتمحض تمكينها حرامًا إلا أنه لم يجب عليه الحد لعدم التزام الحد لأنهم يتركون وما يدينون والمرأة ملتزمة لأحكام دارنا فيجب عليها الحد.

زنى بجارية فماتت يحد ويضمن؛ لأن الحد يجب بالإيلاجة الأولى؛ لأنه وطء لا يتصل بها الموت عادة والقيمة تجب بالقتل وهي الإيلاجات المتأخرة التي اتصل بها الموت وهما فعلان الأول زنا والثاني قتل كمن جرح جراحة واتصل بها البرء ثم جرح أخرى واتصل بها الموت.

(فصل)

رجل زنى بامرأة وقال: اشتريتها لا يحد؛ لأنه ادعى دعوى صحيحة، وإن لم يثبت حقيقة ما ادعى لعجزه عن إقامة البينة يثبت شبهة ما ادعى والشبهة كافية لدرء الحد، وكذلك إن كانت حرة؛ لأن شراء الحرة صار كناية عن النكاح، ولو ادعى النكاح لا يحد واحد منهما فكذا هذا وهذه تدل على أن النكاح ينعقد بلفظة البيع والشراء خلافًا لما يقوله بعض مشايخنا.

زنى بأمة ثم ادعى أنه اشتراها فاسدًا أو على أن البائع بالخيار أو وهبها له وكذبه صاحبها أو ادعى هو بعدما شهد الشهود أنه أقر بالزنا ثم ادعى عند القاضي هبة أو بيعا درئ عنه الحد؛ لأنه ادعى ما يوجب سقوطه وهو البيع والهبة وذلك متصور متوهم فأورث شبهة في حقه، كما لو ادعى بيعًا باتًّا، والتوفيق بين الدعوى وبين الإقرار ممكن بأن أقر بوطئها قبل أن يملكها ثم ملكها بالبيع أو الهبة أو اشتراها على أن البائع بالخيار فوطئها في مدة الخيار وفي البيع الفاسد صار قابضا لها بالوطء فيملكها.

أقر أنه زنا بفلانة فقالت هي: تزوجني، أو أقرت المرأة بالزنا، وقال الرجل: تزوجتها فلا حد عليهما؛ لأن كلام المدعي احتمل الصدق وعلى اعتبار الصدق يثبت النكاح من الجانبين إلا أنه لو تحقق تحقق من الجانبين، فإذا توهم بوهم من الجانبين ومع احتمال قيام النكاح لا يجب الحد.

ولو قال: زنيت بهذه المرأة، فقالت: كذبت لا أعرفك، لا يحد عند أبي حنيفة وعندهما يحد الرجل، وكذلك على هذا الخلاف إذا أقرت بالزنا وأنكر الرجل. لهما: أن إقرار المقر حجة في حقه وتكذيب غيره لا يوجب تهمة في إقراره خصوصا في الحدود فعدم ثبوت الزنا في حقها لا يورث شبهة العدم في حقه لقيام دليل الثبوت في حقه وصار كما لو قال: قتلت أنا وفلان فلانًا عمدًا وأنكر شريكه يقتص من المقر فكذا هذا.

لأبي حنيفة: إن الزنا فعل مشترك بينهما من أحدهما الإيلاج ومن الآخر التمكين فكان فعلًا واحدا يقوم بهما، فإذا انتفت حقيقة الزنا في حق المنكر لتكذيبه تتمكن شبهة الانتفاء في حق المقر ضرورة بخلاف القتل، فإنه يتحقق على سبيل الانفراد والزنا لا يتحقق إلا على سبيل الاشتراك.

ولو زنا بامرأة ثم تزوجها أو بأمة ثم اشتراها حد في ظاهر الرواية، ورُوي عن أبي يوسف أنه لا يجب الحد؛ لأن المحل صار مملوكا له فيصير الاستيفاء من محل مملوك له فصار كالسارق إذا ملك المسروق، وجه ظاهر الرواية: أن المستوفى بالوطء قد تلاشى واضمحل وثبوت الملك في المتلاشي لا يتصور فلا يصير شبهة في المحل بخلاف السارق إذا ملك المسروق؛ لأن الملك يثبت في المسروق فخرج المسروق منه من أن يكون خصما.

وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجب الحد في النكاح ولا يجب في الشراء؛ لأن ملك النكاح ملك ضروري بدليل أنه لو وطئت بالشبهة يكون العقر لها ولا يظهر في حق درء الحرة فأما ملك اليمين ملك مطلق بيمين بدليل وجوب العقر للمولى وكان ملك المولى بضع الأمة نظير ملك السارق والمسروق.

أمة جنت عمدًا فيه قصاص فوطئها ولي الجناية ولم يدع شبهة لا حد عليه

ويجب العقر؛ لأنه سقطت العقوبة بشبهة الملك؛ لأن من العلماء من قال يملكها واختلاف العلماء في ملكها أورث شبهة وإذا سقطت العقوبة وجبت الغرامة؛ لأن الوطء الحرام في دار الإسلام لا ينفك عن عقوبة أو غرامة، ولو كانت الجناية خطأ عليه الحد سواء دفع أو فدى عندهما قياسًا، وعند أبي يوسف في الفداء يحد وفي الدفع لا يحد استحسانًا.

لأبي يوسف: إن جناية الرقيق انعقدت سببا لوجوب الدفع لا لوجوب الفداء كما بينا في كتاب الجنايات وكانت سببا لثبوت الملك في الجارية فيستند الملك إلى حالة الجناية والوطء حصل بعد قيام سبب الملك ويتمكن فيه شبهة الملك ومتى اختار الفداء فالوطء حصل قبل سبب الملك فعري عن الشبهة.

لهما: أن الجناية لا تنعقد سببا للملك في الجارية ولا في الفداء إلا عند التسليم لأنها لا تأثير لهما في تمليك الأموال وكانت الجناية بدون التسليم شطر السبب وشطر السبب لا يورث شبهة فصار كالشهادة بالزنا لا تصير حجة بنفسها ما لم يتقبل بها القضاء حتى لا يورث شهبة الإباحة في المشهود عليه وكذا هذا. صبي زنى بصبية مطاوعة أو زنا بأمة مطاوعة عليه المهر؛ لأن الصبي يؤاخذ بضمان الأفعال فصار فعله في الضمان كفعل الكبير ورضاء الصغيرة والأمة لم يصح فصار وجوده وعدمه بمنزلة فلا يسقط المهر، ولو كانت كبيرة حرة سقط المهر ولا حد عليها؛ لأن رضاها وأمرها للصبي قد صح فلو لحقه فيه ضمان، وللولي أن يرجع عليها بما ضمن؛ لأن من استعمل صبيا في شيء فأمره به ولحقه فيه ضمان يرجع المولى على الآمر بالضمان فلا يفيد الوجوب.

(المنتقى): السكران إذا زنى أو سرق في حال سكره حد، ولو أقر بالزنا أو السرقة لم يحد؛ لأن الإنشاء لا يحتمل الكذب والإقرار يحتمل الكذب فاعتبر هذا الاحتمال في حال سكره في الإقرار بالحد لا غير.

بشر عن أبي يوسف: رجل غصب أمة فوطئها فقتلها فعليه القيمة ولا حد عليه وفي الحرة عليه الدية والحد، وهكذا روى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأن الحرة لا تملك بعدما دفع الدية فلم تتمكن الشبهة في الوطء والأمة تملكها بأداء

الضمان في آخر جزء من حياتها؛ لأن المضمونات تملك بأداء الضمان قبل الهلاك.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة في الأمة يجب الحد؛ لأن الضمان يجب بعد الموت والميت لا يملك عند محمد.

قال أبو حنيفة: رجل أحل جاريته لغيره فوطئها ذلك الغير لا حد عليه؛ لأن التحليل يورث شبهة الملك في الوطء.

(باب الرجل يطأ امرأة لا تحل له فقال: ظننت أنها تحل لي)

(المبسوط): أصله أن الشبهة ثلاثة أنواع: شبهة في الفعل وهي شبهة الاشتباه، وشبهة المحل، وشبهة في العقد.

أما الشبهة في المحل: فهو أن يطأ جارية ابنه وجارية عبده المأذون المديون وجارية مكاتبه والبائع إذا وطئ الجارية المبيعة قبل القبض وبعده في البيع الفاسد أو البيع بشرط الخيار، والزوج إذا وطئ الجارية المجعولة صداقا قبل التسليم أو وطئ المطلقة طلاقا بائنا بالكتابات في عدتها لاختلاف الصحابة أنها بوائن أم رواجع فتصير ذلك شبهة في المحل أو وطئ الجارية المشتركة لا يجب الحد في هذه المواضع.

وإن قال: علمت أنها علي حرام لقيام شبهة الملك في المحل. وأما شبهة العقد بأن وطئ امرأة تزوجها بغير شهود أو أمة تزوجت بغير إذن مولاها أو عبد تزوج بغير إذن مولاه لا حد عليه.

ولو تزوج أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو خمسا في عقدة أو جمع بين أختين أو تزوج بمحاربة فوطئها، وقال: علمت أنها علي حرام لا حد عليه عند أبي حنيفة وعندهما يجب الحد؛ لأن كل وطء حرم على التأبيد فورود العقد على محله لا يورث شبهة؛ لأن الله تعالى حرم المحارم على التأبيد وتحريم المحل إخراجه من أن يكون قابلا للحل كتحريم الميتة والدم والعقد لم يصادف محله فلغى فلم يتمكن فيه شبهة الحل فتمحض الوطء فيه حرامًا، ولهذا لا تجب العدة.

لأبي حنيفة: إن المحارم شاركت الأجانب في محلية النكاح إنما يثبت بكونها أنثى من بنات آدم؛ لأن بكونها أنثى من بنات آدم ثبت قبول المحل لمقاصد النكاح وهو قضاء الوطر وتحصيل النسل وحاجة العبيد ماسة إلى تحصيل هذه المقاصد ولا يتوصل إلى تحصيلها إلا بالحل والمحارم شاركت الأجانب في هذا المعنى فتشاركن في حل المحلية وهذا الدليل يقتضي ثبوت حقيقة الحل في المحلية، ولهذا كانت محللة في زمن آدم ومحللة في حق الأجانب في جميع الأزمان إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الحل صيانة للقرابة عن ذل الاستفراش والاستدلال بملك النكاح كرامة لها؛ لأنها يدفع بها أعلى العقوبات وهو الرجم فانعقد النكاح على سبيل الشبهة فيقيد شبهة الحل كما لو تزوج امرأة مشركة ووطئها لا يحد، وكذلك لو استأجر امرأة ليزني بها لا حد عليهما عند أبي حنيفة خلافًا لهم، حجتهم أن هذا العقد لم يصادف محلا قابلا لموجبه؛ لأن محل الإجازة منفعة هي مال والمستوفى بالوطء ليس بمنفعة أو كانت فليست بمال فلغي العقد فلا يورث الشبهة لأبي حنيفة إن العقد صادف محلا قابلا لحكمة وهو الملك؛ لأن منافع البضع قابلة للملك بلفظة الإنكاح والتزويج وقبول المحل لا يتبدل بتبدل الألفاظ فوجب أن يفيد حقيقة الملك إلا أنه تقاعد عن إفادة حقيقة الملك بالإجماع فلا يتقاعد عن إفادة شبهة الملك فتمكنت شبهة الحل في الوطء فأما شبهة الاشتباه وهو أن يطأ جارية أبيه أو جارية أمه أو جارية زوجته أو المطلقة ثلاثا بائنا أو أم ولد قد أعتقها وهي في عدته أو العبد يطأ جارية مولاه أو المرتهن يطأ الجارية المرهونة وفي رواية عليه الحد ففي هذه المواضع لو قال: ظننت أنها تحل لي لم يلزمه الحد، وإن قال: علمت أنها علي حرام يلزمه الحد؛ لأنه متى ادعى الاشتباه مستندا إلى دليل تعتبر دعواه في إسقاط دعواه وهنا أسند دعواه إلى دليل آخر لأنه ظن أن الفعل مباح له كما أبيح له الانتفاع من وجه آخر؛ لأن المنتفع بمال أبيه وأمه وزوجته كما ينتفع بمال نفسه، وكذلك العبد في مال مولاه، وكذلك المعتدة باعتبار أن العدة حق من حقوق النكاح وربما يظن أن حق الملك كأصل الملك وفي المرهونة المرتهن أحق بماليتها فربما يظن أن ذلك يبيح له وطأها، وفي رواية عليه الحد؛ لأن الرهن لا يفيد ملك

المتعة والمنفعة بحال ما وإنما يفيد له عند الملك، فإنه بالهلاك يصير مستوفيا حقه وبعد الهلاك لا يملك المتعة ومتى كان ظنه مستندا إلى دليل تغيير شبهة في درء الحد إذا ادعى الحل وبدون الدعوى انعدمت الشبهة لانعدام دليلها وهو الظن المستند إلى دليل الحل ثم في كل موضع كانت الشبهة في الفعل لم تثبت نسب الولد منه وإن ادعاه؛ لأن المحل خالٍ عن شبهة الملك وحق الملك وفي كل موضع كانت الشبهة في المحل يثبت النسب منه لقيام الملك من وجه في المحل.

ولو وطئ الجارية المستأجرة أو المستعارة أو جارية أخيه أو أخته يلزمه الحد، وإن قال: ظننت أنها تحل لي لم يستند ظنه إلى سبب صحيح؛ لأن ملك المنفعة لا يتصور أن يكون سببا لملك المتعة بحال ما فقيامه للحال لا يورث شبهة فلا يحل له الانتفاع بمال أخيه وأخته إلا بالعقد وقد اشتبه عليه مالًا يشتبه ظاهرًا فلا يعتبر ظنه. تزوج امرأة فزفت إليه أخرى فوطئها لا حد عليه ولا على قاذفه؛ لأنه لا سبيل للزوج إلى معرفتها إلا قول النساء والملك يثبت له من حيث الظاهر فيكفي شبهة في درء الحد بخلاف ما إذا وجد امرأة على فراشه فوطئها يحد؛ لأنه هنا يمكنه أن يكلمها ويسألها ويعرف امرأته بصوتها وحسها وفي المزفوفة لا يعرفها بصوتها وحسها وقد أخبرته بأنها زوجته وهذا الوطء لا يخلو من حرمة فيكون صادقا في قذفه من وجه.

(**المنتقى**) ابن رستم عن محمد: إذا زنى بجارية امرأته وقالا جميعًا ظننا أن هذا حلال لا حد عليهما، وكذلك لو قال أحدهما ظننت أنه حلال، وقال الآخر: علمت أنه حرام لا حد عليهما؛ لأن الشبهة تمكنت في الفعل في أحد الجانبين فتعدت إلى الجانب الآخر ضرورة.

وذكر أبو الليث في (**العيون**): رجل زنى بجارية أبيه أو أمه أو جدته وقال الرجل: ظننت أنها تحل لي وقالت: الجارية علمت أنه حرام فلا حد عليهما، ولو كان على العكس فكذلك عندهما.

وعند أبي حنيفة: يجب عليه الحد ولا يجب عليها؛ لأن بدعواها الحل بتمكن الشبهة في تمكينها فلا يتمكن في فعل الرجل؛ لأن فعله ليس تبعًا لتمكينها وبدعوى

الحل من الرجل تمكنت الشبهة في فعله فيتمكن في تمكينها؛ لأن تمكينها تبع لفعل الرجل، ومن وجد على فراشه امرأة فوطئها وقال: ظننت أنها جاريتي أو امرأتي يحد؛ لأنه لا يحل له الوطء بناء على الظن؛ لأنه يمكنه معرفة امرأته بكلامها أو يخبر مخبر أنها امرأته، فإذا لم يتفحص عن ذلك لم يكن معذورا وكذا الأعمى إذا وجد في بيته امرأة فوطئها يحد خلافًا لزفر؛ لأنه قد تكون في بيته المحارم والأجنبيات ولا يكون فعله مستندا إلى سبب ظاهر.

ورُوي عن محمد: في أعمى دعا امرأته فقال: يا فلانة، فأجابته امرأة وقالت: أنا فلانة امرأتك، فوطئها لا حد عليه ويثبت النسب، فلو أجابته ولم تقل أنا فلانة يجب الحد؛ لأن في وسعه أن يتفحص أكثر من هذا، فإن الإجابة قد تكون من المنادى ومن غيرها فيمكنه أن يتفحص عن حالهما ولا يحل له الوطء بمجرد الإجابة، وإذا قالت: أنا فلانة فلا يتوصل إلى معرفة امرأته إلا بذلك فصارت كالمزفوفة إلى غير زوجها.

(باب معرفة الإحصان)

(المبسوط): يحتاج إلى معرفة: تفسير الإحصان، وأنواعه، وشرائطه، وطريق ثبوته، وحد المحصن.

أما تفسيره: فالإحصان في اللغة: عبارة عن النعم الجميلة والخصال الحميدة المجموعة في الإحصان؛ لأن الإحصان عبارة عن الدخول في الحصن، وإنما يصير الإنسان داخلا في الحصن عن الزنا إذا توفرت وتكاملت عليه نعم الله تعالى الزاجرة عن ارتكاب الكبيرة.

وأما أنواعه: فالإحصان ضربان: إحصان القذف وإحصان الرجم.

أما إحصان القذف فشرائطه خمسة: العقل، والبلوغ، والحرية، والإسلام، والعفة عن الزنا.

وشرائط إحصان الرجم سبعة: العقل، والبلوغ، والحرية، والإسلام، والنكاح الصحيح، والدخول على وجه يوجب الغسل من غير إنزال وهما على صفة

الإحصان؛ لأن هذه نعم متوافرة متكاملة تصلح للزواجر عن ارتكاب الكبيرة، فإن العقل زاجر عن ارتكاب ما له عاقبة ذميمة والدين كذلك، وكذلك الحرية؛ لأنه بحريته يستنكف عن ارتكاب الزنا ولأن لفظ الإحصان ينتظم الحرية قال الله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾ [النساء: ٢٥] وأراد به الحرائر.

وأما البلوغ، فإن الصبي لقصور عقله لا يقف على عواقب الأمور ولا يلحقهما الشين ولا يتحصنان عن الزنا والاستغناء عن الحرام لا يقع غالبًا إلا بالدخول بحكم نكاح صحيح، ولقوله عليه السلام(١): "الثَّيِّبُ بِالثَّيِّبِ جَلْدُ مِائَةٍ ورجم بالحجارة"(٢).

أوجب الرجم على الثيب فالثيابة إنما تعرف بالإصابة.

وأما الإسلام شرط عندنا خلافًا للشافعي حتى لو زنى ذمي وهو ثيب عندنا يجلد وعنده يرجم وهو رواية عن أبي يوسف.

---

(١) أخرجه مسلم (١٣١٦/٣، رقم ١٦٩٠)، وأبو داود (١٤٤/٤، رقم ٤٤١٥)، والترمذي (٤١/٤، رقم ١٤٣٤) وقال: حسن صحيح. وابن ماجه (٨٥٢/٢، رقم ٢٥٥٠)، وابن حبان (٢٧١/١٠، رقم ٤٤٢٥)، وأخرجه أيضًا: ابن الجارود (ص ٢٠٥، رقم ٨١٠)، والنسائي في الكبرى (٣٢٠/٦، رقم ١١٠٩٣).

(٢) أَجْمَعَ الْعُلَمَاء عَلَى وُجُوب جَلْد الزَّانِي الْبِكْر مِائَة، وَرَجْم الْمُحْصَن، وَهُوَ الثَّيِّب وَلَمْ يُخَالِف فِي هَذَا أَحَد مِنْ أَهْل الْقِبْلَة، إِلَّا مَا حَكَى الْقَاضِي عِيَاض وَغَيْره عَن الْخَوَارِج، وَبَعْض الْمُعْتَزِلَة، كَالنَّظَّامِ وَأَصْحَابه، فَإِنَّهُمْ لَمْ يَقُولُوا بِالرَّجْمِ.

وَاخْتَلَفُوا فِي جَلْد الثَّيِّب مَعَ الرَّجْم، فَقَالَتْ طَائِفَة: يَجِب الْجَمْع بَيْنهمَا، فَيُجْلَد ثُمَّ يُرْجَم، وَبِهِ قَالَ عَلِيّ بْن أَبِي طَالِب رضي الله عنه وَالْحَسَن الْبَصْرِيّ، وَإِسْحَاق بْن رَاهَوَيْهِ، وَدَاوُد، وَأَهْل الظَّاهِر، وَبَعْض أَصْحَاب الشَّافِعِيّ.

وَقَالَ جَمَاهِير الْعُلَمَاء: الْوَاجِب الرَّجْم وَحْده.

وَحَكَى الْقَاضِي عَنْ طَائِفَة مِنْ أَهْل الْحَدِيث أَنَّهُ يَجِب الْجَمْع بَيْنهمَا إِذَا كَانَ الزَّانِي شَيْخًا ثَيِّبًا، فَإِنْ كَانَ شَابًّا ثَيِّبًا، اُقْتُصِرَ عَلَى الرَّجْم، وَهَذَا مَذْهَب بَاطِل لَا أَصْل لَهُ وَحُجَّة الْجُمْهُور أَنَّ النَّبِيّ صلى الله عليه وسلم اِقْتَصَرَ عَلَى رَجْم الثَّيِّب فِي أَحَادِيث كَثِيرَة، مِنْهَا قِصَّة (مَاعِز)، وَقِصَّة (الْمَرْأَة الْغَامِدِيَّة) وَفِي قَوْله صلى الله عليه وسلم: "وَاغْدُ يَا أُنَيْس عَلَى اِمْرَأَة هَذَا، فَإِنْ اِعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا"، قَالُوا: وَحَدِيث الْجَمْع بَيْن الْجَلْد وَالرَّجْم مَنْسُوخ، فَإِنَّهُ كَانَ فِي أَوَّل الْأَمْر. شرح النووي على مسلم (ج٦/ ص١٠٩).

والصحيح قولنا لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور: ٢] فالله تعالى أوجب الجلد على كل زانٍ وزانية؛ لأنه ذكرهما بلام المعرفة والزنا اسم جنس واسم الجنس متى ذكر بلام المعرفة يفيد استغراق الجنس واستيعابه وينصرف إلى تعريف كل الجنس إلا ما خص عنه والمسلم المحض صار مخصوصًا بقوله عليه السلام: "لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ"[1] الحديث فمن ادعى التخصيص في حق الكافر فعليه الدليل.

---

(١) أخرجه «البخاري» ٥/٩ (٦٨٧٨) قال: حدثنا عمر بن حفص، قال: حدثنا أبي. و«مسلم» ١٠٦/٥ (٤٣٩٠) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا حفص بن غياث، وأبو معاوية، ووكيع. وفي (٤٣٩١) قال: حدثنا ابن نمير، قال: حدثنا أبي (ح) قال: وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان (ح) قال: وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، وعلي بن خشرم، قالا: أخبرنا عيسى بن يونس. وفي (٤٣٩٢ و٤٣٩٣) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، ومحمد بن المثنى، واللفظ لأحمد، قالا: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، عن سفيان. وفي (٤٣٩٤) قال: وحدثني حجاج بن الشاعر، والقاسم بن زكريا، قالا: حدثنا عبيد الله بن موسى، عن شيبان. و«ابن ماجه» (٢٥٣٤) قال: حدثنا علي بن محمد، وأبو بكر بن خلاد الباهلي، قالا: حدثنا وكيع. و«أبو داود» (٤٣٥٢) قال: حدثنا عمرو بن عون، قال: أخبرنا أبو معاوية. و«الترمذي» (١٤٠٢) قال: حدثنا هناد، قال: حدثنا أبو معاوية. و«النسائي» ٩٠/٧، وفي «الكبرى» (٣٤٦٥) قال: أخبرنا إسحاق بن منصور، قال: أنبأنا عبد الرحمن، عن سفيان. وفي ١٣/٨، وفي «الكبرى» (٦٨٩٧) قال: أخبرنا بشر بن خالد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، عن شعبة. و«أبو يعلى» (٥٢٠٢) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم. و«ابن حبان» (٤٤٠٧) قال: أخبرنا حاجب بن أركين، بدمشق، قال: حدثنا أحمد بن إبراهيم الدورقي، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي، قال: حدثنا سفيان. وفي (٤٤٠٨) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا محمد بن خازم. وفي (٥٩٧٦) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا محمد بن كثير العبدي، قال: حدثنا سفيان الثوري. وفي (٥٩٧٧) قال: أخبرنا محمد بن عمر بن يوسف، قال: حدثنا بشر بن خالد، قال: حدثنا محمد بن جعفر، قال: حدثنا شعبة.

عشرتهم: (سفيان الثوري، وسفيان بن عيينة، ووكيع بن الجراح، وحفص بن غياث، وأبو معاوية، محمد بن خازم، وشعبة بن الحجاج، ويعلى بن عبيد، وعبد الله بن نمير، وعيسى بن يونس، وشيبان بن عبد الرحمن) عن سليمان الأعمش، قال: سمعت عبد الله بن مرة يحدث، عن مسروق، فذكره.

وما رُوي "أن النبي عليه السلام رجم يهوديين زنيا وقد كانا أحصنا"[(١)] إنما رجمهما بحكم التوراة قبل نزول آية الزنا؛ لأنه رجمهما في أول ما دخل المدينة

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢/٨٨ (١٣٢٩) و٦/٣٧ (٤٥٥٦) و٩/١٠٥ (٧٣٣٢) قال: حدثنا إبراهيم بن المنذر، قال: حدثنا أبو ضمرة، قال: حدثنا موسى بن عقبة. وفي ٤/٢٠٦ (٣٦٣٥) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك بن أنس. وفي ٨/١٧٢ (٦٨٤١) قال: حدثنا إسماعيل بن عبد الله، قال: حدثني مالك. وفي ٩/١٥٨ (٧٥٤٣) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا إسماعيل، عن أيوب. و«مسلم» ٥/١٢١ (٤٤٥٦) قال: حدثني الحكم بن موسى، أبو صالح، قال: حدثنا شعيب بن إسحاق، قال: أخبرنا عبيد الله. وفي ٥/١٢٢ (٤٤٥٧) قال: وحدثنا زهير بن حرب، قال: حدثنا إسماعيل، يعني ابن علية، عن أيوب (ح) وحدثني أبو الطاهر، قال: أخبرنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرني رجال من أهل العلم منهم مالك بن أنس. وفي (٤٤٥٨) قال: وحدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا موسى بن عقبة. و«ابن ماجه» (٢٥٥٦) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا عبد الله بن نمير، عن عبيد الله بن عمر. و«أبو داود» (٤٤٤٦) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة، قال: قرأت على مالك بن أنس. و«الترمذي» (١٤٣٦) قال: حدثنا إسحاق بن موسى الأنصاري، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك بن أنس. و«عبد الله بن أحمد» ٥/٩٦ (٢١٢١٤) قال: حدثني عثمان بن محمد بن أبي شيبة، قال: حدثنا شريك بن عبد الله، عن ابن أبي ليلى. و«النسائي» في «الكبرى» (٧١٧٥) قال: أخبرني زياد بن أيوب، دلويه، قال: حدثنا ابن علية، عن أيوب. وفي (٧١٧٦ و١١٠٠٢) قال: أخبرني يحيى بن حبيب بن عربي، من كتابه، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا شعبة، عن أيوب. وفي (٧١٧٧) قال: أخبرنا محمد بن معدان بن عيسى، قال: حدثنا الحسن بن أعين، قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا موسى. وفي (٧١٧٨) قال: أخبرنا محمد بن بشار، قال: حدثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان، عن عبد الكريم الجزري. وفي (٧٢٩٤) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، عن مالك. و«ابن حبان» (٤٤٣١ و٤٤٣٢) قال: أخبرنا محمد بن إسحاق الثقفي، قال: حدثنا الوليد بن شجاع، قال: حدثنا علي بن مسهر، عن عبيد الله بن عمر. وفي (٤٤٣٤) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك. وفي (٤٤٣٥) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا عبد الله بن محمد بن أسماء، قال: حدثنا جويرية.

ثمانيتهم: (مالك بن أنس، ومعمر بن راشد، وموسى بن عقبة، وأيوب السختياني، وعبيد الله بن عمر، وعبد الكريم بن مالك الجزري، وابن أبي ليلى، وجويرية بن أسماء) عن نافع، فذكره.

بحكم التوراة ثم صار منسوخا بآية الزنا والعفة عن الزنا شرط في إحصان القذف دون إحصان الرجم؛ لأنه تعذر اعتباره إحصان الرجم؛ لأنه لا يجب إلا بعد وجود الزنا والعفة عن الزنا بعد وجوده لا يبقى فأمكن اعتباره في إحصان القذف؛ لأنه إنما يجب بعد ظهور كذب القاذف وإنما يظهر كذبه بعد عفة المقذوف.

وأما إحصان[1] كل واحد من الزوجين شرطًا ليصير الآخر محصنًا حتى لو تزوج الحر بأمة أو صبية أو مجنونة أو كافرة ودخلا بها لم يصر الزوج به محصنًا، وكذا الحرة العاقلة البالغة إذا زوجت نفسها من عبد أو مجنون أو صبي لا تصير محصنة إلا إذا دخل بها بعد الإسلام والعتق والبلوغ والإفاقة فحينئذ يصير محصنا بهذه الإصابة لا بالإصابة السابقة.

وقال الشافعي: يصير كل واحد منهما محصنًا.

وقال أبو يوسف: إسلام المرأة ليس بشرط حتى لو تزوج مسلم كافرة يصير الزوج محصنا؛ لأن الشرط الإصابة الكاملة والكفر لا يؤثر في الإخلال بالإصابة فلا يعتبر فأما كونها صبية أو مجنونة يؤثر في اختلال الإصابة وقصورها، فإن الطبع ينفر عنهما.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام لحذيفة حين تزوج يهودية: "**دعها إنها لا تحصنك**"[2] ولأنه لا يتكامل نعمة الزوجة والإصابة مع هؤلاء، ولأن هذه المعاني أسباب ينفر الطبع عنها، فإن المسلم ينفر عن الكافرة طبعًا لعداوة دينية بينهما والرق سبب النفرة عنها ؛ لأنه يحتاج إلى العزل صونًا لمائه عن ذل الرق والجنون والصبي سبب النفرة عنها لعدم العقل ونقصانه فيوجب نقصانا واختلالا في الإصابة فلم تتكامل النعمة بل تتغلظ جنايته ثم المعنى المستدعي لاستجماع هذه الشرائط أن

---

(١) انظر: ابن عابدين ١٦٨/٣، والدسوقي ٣٢٦/٤، والمهذب ٢٧٤/٢، والمغني ٩٣/٩ ط. القاهرة.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٦٧/١٠ (٢٩٣٤٧) قال: حدثنا عيسى بن يونس، عن أبي بكر بن عبد الله بن أبي مريم. و«أبو داود»، في «المراسيل» (٢٠٦) قال: حدثنا كثير بن عبيد، قال: حدثنا بقية، عن أبي سبأ، عتبة بن تميم.

كلاهما: (أبو بكر، وعتبة بن تميم) عن علي بن أبي طلحة، فذكره.

الرجم عقوبة متناهية متغلظة فيستدعي جناية متناهية متغلظة والجناية إنما تتناهى وتتغلظ عند تكامل النعم وتوافرها عليه، فإن من تكاملت وتوافرت نعم الله عليه كانت الجناية أغلظ وأفحش وكانت العقوبة في حقه أغلظ وأشد، والنعم إنما تتكامل بهذه الخصال الحميدة والنعم الجميلة[1].

وأما طريق ثبوته فشيئان: الإقرار والبينة، وهي شهادة رجلين عدلين أو شهادة رجل وامرأتين.

وقال زفر: لا تثبت بشهادة رجل وامرأتين حتى لو رجع شهود الإحصان لا شيء عليهم خلافًا لزفر.

له: أن الإحصان شرط معمل للعلة، فإن الزنا لا يعمل في إيجاب الرجم إلا بعد الإحصان والشرط المعمل للعلة بمنزلة العلة والزنا لا يثبت بشهادة الرجوع لو امرأتين فكذا هو في معناه.

لنا: أن الإحصان عبارة عن خصال حميدة وأوصال جميلة ولا أثر للخصال الحميدة في إيجاب العقوبة والنعمة بل أثرها في استحقاق النعمة والكرامة وما لا أثر له في إيجاب الحكم لا يكون من ذات العلة وما في معناها؛ لأن الحكم لا ينضاف ولا يستند إليه فلم يكن الإحصان علة لوجوب الرجم ولا في معنى العلة إلا أن الزنا لا يعمل في إيجاب الرجم إلا عند وجوده فكان شرطًا محضًا كسائر الشروط للعتق والطلاق في الوقوع وفي الإحصان يكفي للشهود أن يقولوا دخل بها زوجها عندهما.

وقال محمد: لا بد أن يقولوا جامعها أو باضعها.

لمحمد: أن لفظ الدخول مشترك يستعمل في الوطء ويستعمل في الزفاف والخلوة يقال: دخل بها أو خلا بها وزارها فلا يثبت الإحصان مع الاحتمال.

لهما: أن الدخول متى ذكر مضافًا إلى المرأة مقرونًا وملصقًا بكلمة الباء لا يراد به إلا الجماع قال الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَكُونُواْ دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣] والمراد به الوطء، وقال عليه السلام: "**فَإِنْ دَخَلَ بِهَا فَلَهَا الْمَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا**"[2]

---

(١) انظر: الشرح الكبير ٢٨٤/٤، والمغني ١٢٩/١٠.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٤٥٤/٣، رقم ١٥٩١٩)، وسعيد بن منصور في كتاب السنن (١٧٥/١، رقم ٥٢٨)، وأحمد (٦٦/٦ رقم ٢٤٤١٧)، وأبو داود (٢٢٩/٢، رقم ٢٠٨٣)، والترمذي =

أي جامعها، والعرف إذا قيل فلان دخل بامرأته يراد به الوطء دون الخلوة، فإذا خلا بها يقال دخل عليها، فإن كان له منها ولد وهما معترفان أن الولد منهما يصير كل واحد منهما محصنا؛ لأنه كفى بالولد شاهدًا على الإصابة لأنا حكمنا بثبات النسب وثبات النسب منه أدل على الإصابة من الشهادة.

وأما حد المحصن فالرجم ولا يجمع بين الجلد والرجم خلافًا لأحمد بن حنبل؛ لما رُوي "أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم ماعزًا ولم يجلده"[(١)]، وهو ناسخ لقوله عليه السلام: "الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة" ولا يجمع بين الجلد والتعزير خلافًا للشافعي لقوله تعالى: ﴿فَٱجۡلِدُواْ كُلَّ وَٰحِدٖ مِّنۡهُمَا مِاْئَةَ جَلۡدَةٖ﴾ [النور: ٢] فمن شرط النفي والتعزير فقد زاد على نص الكتاب والزيادة على النص نسخ ولا يجوز إلا بالخبر المشهور والمتأخر عنه والشهرة والتأخر كلاهما غير ثابتان.

أما الشهرة فقوله عليه السلام: "البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام" ليس

=

(٤٠٧/٣، رقم ١١٠٢) وقال: حسن. وابن ماجه (٦٠٥/١، رقم ١٨٧٩)، والحاكم (١٨٢/٢، رقم ٢٧٠٦)، وقال: صحيح على شرط الشيخين. والبيهقي (١٢٤/٧، رقم ١٣٤٩٠). وأخرجه أيضًا: الشافعي في الأم (١٦٦/٥)، والحميدي (١١٢/١، رقم ٢٢٨)، وإسحاق بن راهويه (١٩٤/٢، رقم ٦٩٨)، والنسائي في الكبرى (٢٨٥/٣، رقم ٥٣٩٤)، وأبو يعلى (٢٥١/٨، رقم ٤٨٣٧)، وابن حبان (٣٨٤/٩، رقم ٤٠٧٤)، والطبراني في الأوسط (٢٦٠/٦، رقم ٦٣٥٢)، والدارقطني (٢٢١/٣)، والديلمي (٣٥١/١، رقم ١٤١٠).

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٧٧/١٠ (٢٩٣٧٦) قال: حدثنا أبو خالد الأحمر. و«أحمد» ٣٨١/٣ (١٥١٥٥) قال: حدثنا يزيد بن هارون. وفي ٤٣١/٣ (١٥٦٤٠) قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي. و«الدارمي» (٢٤٦٩) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله الرقاشي، قال: حدثنا يزيد بن زريع. و«أبو داود» (٤٤٢٠) قال: حدثنا عبيد الله بن عمر بن ميسرة، قال: حدثنا يزيد بن زريع. و«النسائي»، في «الكبرى» (٧١٦٨) قال: أخبرنا محمد بن العلاء، قال: حدثنا أبو خالد. وفي (٧١٦٩) قال: أخبرنا يحيى بن حبيب بن عربي، قال: حدثنا يزيد بن زريع. وفي (٧١٧٠) قال: أخبرنا أحمد بن سعيد المروزي الرباطي، قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثنا أبي. أربعتهم: (أبو خالد الأحمر، وابن هارون، وإبراهيم بن سعد، والد يعقوب، وابن زريع) عن محمد بن إسحاق، فذكره.

بمشهور، فإن حد الشهرة فهو نقل جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب عن واحد وقيل حده ما تلقاه العلماء بالقبول وإجماع العلماء على قبوله ممنوع وعدم تواطؤهم مدفوع.

وأما التأخر فهذا الحديث كان متقدمًا على الآية على ما بينا أو يحتمل أنه كان متقدما ويحتمل أنه كان متأخرا فلا ينسخ حكم الكتاب بالاحتمال، ولو قال إن تزوجتك فأنت طالق فتزوجها ووطئها لا يصير محصنا؛ لأن الدخول حصل بعد انقطاع النكاح وكان الوطء حرامًا كما في النكاح الفاسد.

(النوادر): إبراهيم بن رستم عن محمد: رجل خلا بامرأته ثم طلقها فقال الزوج: وطئتها، وقالت المرأة: لم يطأني، يصير الزوج محصنا بإقراره ولا تكون المرأة محصنة بجحودها، وكذلك لو طلقها ودخل بها وقال: هي حرة مسلمة، وقالت المرأة: كنت نصرانية.

امرأة الرجل أقرت أنها أمة هذا الرجل فزنا الرجل يرجم، وإن أقرت بالرق قبل أن يدخل بها ثم زنا الرجل لا يرجم استحسانًا لا قياسًا.

المعلى عن أبي يوسف عن رجل دخل بامرأته ثم جن أو صار معتوها ثم أفاق قال: لا يكون محصنا حتى يدخل بها بعد الإفاقة؛ لأن الإحصان الأول قد بطل بالجنون والعته فلا يثبت إحصان آخر مستأنف إلا بدخول مستأنف.

عن محمد: لو تزوج رجل حرة ودخل بها ثم ارتدت ولحقت بدار وسبيت وصارت أمة، فإن الزوج محصن؛ لأن سقوط إحصانها لا يوجب سقوط إحصانه.

وذكر الحسن: إذا ارتد الزوجان لم يبطل إحصانهما في قول أبي يوسف. رجل تزوج امرأة بغير ولي فدخل بها، قال أبو يوسف: لا يكونان بذلك محصنين؛ لأن هذا النكاح غير صحيح قطعا لاختلاف العلماء فيه والأخبار.

(باب كيفية إقامة الحد)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: في إقامة الرجم.

والثاني: في إقامة الجلد.

(فصل)

ولا يحفر للمرجوم ولا يربط بشيء بل ينصبه قائمًا للناس كما روي: **"أن النبي عليه السلام رجم ماعزًا واليهودي بغير حفر"**.

ولأن في الحفر والشد استيثاق واستيكاد لإقامة الرجم؛ لأنه لا يمكنه الهرب وقد أمرنا بالاحتيال للدرء أو في المرأة الإمام بالخيار، فإن شاء حفر لها، وإن شاء لا؛ لأنه لا يؤمن أن تنكشف عورتها فيحفر صيانة لأعضائها عن الانكشاف وإن ترك فحسن؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم حين قال: **"لا بأس يا أنيس، اغْدُ إلى امرأة هذا، فَإِن اعْتَرَفَتْ فَارْجُمْهَا"**(1) ولم يأمره بالحفر، ورُوي عن علي رضي الله عنه أنه حفر لشراحة الهمدانية ولأنه في تركه ترك الاستيثاق لإقامة الحد وقد أمرنا

(١) أخرجه «البخاري» (٢٣١٤ و٢٣١٥) قال: حدثنا أبو الوليد، قال: أخبرنا الليث. وفي (٢٦٩٥ و٢٦٩٦ و٧١٩٣ و٧١٩٤) قال: حدثنا آدم، قال: حدثنا ابن أبي ذئب. وفي (٢٧٢٤ و٢٧٢٥) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي (٦٦٣٣ و٦٦٣٤) قال: حدثنا إسماعيل، قال: حدثني مالك. وفي (٦٨٢٧ و٦٨٢٨) قال: حدثنا علي بن عبد الله، قال: حدثنا سفيان. وفي (٦٨٣٥ و٦٨٣٦) قال: حدثنا عاصم بن علي، قال: حدثنا ابن أبي ذئب. وفي (٦٨٤٢ و٦٨٤٣) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك. وفي (٦٨٥٩ و٦٨٦٠) قال: حدثنا محمد بن يوسف، قال: حدثنا ابن عيينة. وفي (٧٢٥٨ و٧٢٥٩) قال: حدثنا زهير بن حرب، قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم، قال: حدثنا أبي، عن صالح. وفي (٧٢٧٨ و٧٢٧٩) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا سفيان. و«مسلم» ١٢١/٥ (٤٤٥٤) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث (ح) وحدثناه محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث. وفي (٤٤٥٥) قال: وحدثني أبو الطاهر، وحرملة، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس (ح) وحدثني عمرو الناقد، قال: حدثنا يعقوب بن إبراهيم بن سعد، قال: حدثنا أبي، عن صالح (ح) وحدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر. و«أبو داود» (٤٤٤٥) قال: حدثنا عبد الله بن مسلمة القعنبي، عن مالك. و«الترمذي» (١٤٣٣م١) قال: حدثنا إسحاق بن موسى الأنصاري، قال: حدثنا معن، قال: حدثنا مالك. وفي (١٤٣٣م٢) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. و«النسائي» ٢٤٠/٨ قال: أخبرنا محمد بن سلمة، قال: أنبأنا عبد الرحمن بن القاسم، عن مالك. وفي «الكبرى» (٥٩٣٢) قال: أخبرنا يونس بن عبد الأعلى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: سمعت مالك بن أنس، وأخبرني يونس بن يزيد (ح) والحارث بن مسكين، =

بدرئه[1].

وبداية الشهود بالرجم شرط خلافًا للشافعي. وإذا ثبت بالإقرار كانت البداية من الإمام أو نائبه لقول علي رضي الله عنه حين اعترفت شراحة عنده بالزنا أيها الناس الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فرجم السر أن يشهد أربعة على رجل بالزنا فيبدأ الشهود بالرجم ثم الإمام ثم الناس، ورجم العلانية أن يقر بالزنا فيبدأ الإمام ثم الناس ألا وإني راجمها فرماها بحجر فما أخطأ أصل إذنها وقول الصحابي فيما لا يدرك بالقياس حجة ولأن في البداية بهم صرف احتياط واحتيال للدرء، فإنه يجوز أن يستعظموا حرمة النفس عند الإتلاف فيرجعوا عن الشهادة لأدنى شبهة تحيل لهم وقت التحمل، وربما يستعظم الإمام إقامة الرجم بنفسه فيستقضي في تعرف أحوال المقر والاستقضاء، وربما يصير سببا للدرء بخلاف سائر الحدود لا يشترط فيها البداية بالشهود؛ لأن الشاهد لا يحسن الضرب والقطع، فإنه لا يحسنه إلا الجلاد والحداد، ولو فوض إلى الشاهد ربما تصير إقامتهم سببا للتلف والهلاك ولا يجوز.

ورُوي عن محمد: لو كان الشهود مقطوعي الأيدي أو مرضى لا يستطيعون الرمي، فإن الإمام يرمي ثم الناس بخلاف الموت والغيبة، فإنه لا يرجم لجواز أنه لو كان حيا فعرض عليه الرمي يمتنع من ذلك ويرجع فأورث شبهة. فأما فوات البداية باعتبار عذر ظاهر لا يورث تهمة الامتناع ولا بأس لكل من يرمي أن يتعمد مقتله؛ لأنه هو المقصود من الرجم إلا إذا كان ذا رحم محرم من المرحوم، فإنه يكره أن يلي إقامة الحد والرجم، فإن امتنع الشهود أو بعضهم عن الرجم سقط الرجم؛ لأن امتناعهم عن الرجم أورث شبهة الكذب في شهادتهم.

=

قراءة عليه وأنا أسمع، عن ابن وهب، قال: أخبرني يونس، وغيره. وفي (٧١٥٣) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، عن مالك. وفي (٧١٥٤ و١١٢٩٢) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث. و«ابن حبان» (٤٤٣٧) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن قتيبة، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثني الليث بن سعد.

ثمانيتهم: (مالك بن أنس، ومعمر بن راشد، وعبد الملك بن جريج، والليث بن سعد، ومحمد بن عبد الرحمن، ابن أبي ذئب، وسفيان بن عيينة، وصالح بن كيسان، ويونس بن يزيد) عن ابن شهاب الزهري، عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة، فذكره.

(١) انظر: ابن عابدين ٤/٤١٨.

(فصل)

وضرب التعزير أشد من ضرب الزنا وحد الزنا أشد من حد شرب الخمر، وحد القذف أخف من كله؛ لأن التعزير شرع للزجر وقد خفف فيه من حيث القدر فوجب التغليظ فيه من حيث الوصف ليحصل ما هو المقصود وهو الزجر، والزنا أعظم الكبائر وأغلظ الجرائم، ولهذا شرع فيه الرجم ولم يكن مشروعًا في دين من الأديان فكانت جنايته أغلظ وأقبح من جناية شرب الخمر فوجب التغليظ في حده من حيث القدر والوصف وجناية شرب الخمر أغلظ من جناية القذف؛ لأن شرب الخمر جريمة ظاهرة ثابتة يقينا، والقذف جناية مترددة مشتبهة؛ لأن القذف يحتمل أن يكون صدقا ويحتمل أن يكون كذبا ومتى حقت جنايته خفت عقوبته؛ ولأن الشرب خفف فيه من حيث القدر فوجب التغليظ فيه من حيث الوصف وحد القذف غلظ فيه من حيث القدر فخفف فيه من حيث الوصف، ويضرب قائمًا مجردا تنزع عنه ثيابه إلا في حد القذف، فإنه يضرب وعليه ثيابه غير أنه تنزع عنه الحشو والفرو؛ لأن زيادة الإيلام تحصل بالتجريد وحد القذف بني على التخفيف فلا يبالغ في الإيلام بالتجريد والحشو والفرو يمنعان أثر الضرب فينزع عنه، وفي المرأة لا تنزع الثياب إلا الفرو والحشو؛ لأن كشف العورة حرام والزجر واجب، ولا يمد في شيء من الحدود ولا يمسك ولا يربط لكنه يترك قائمًا إلا أن يعجزهم فيشد، أما المد قيل المراد به أن لا يمد المحدود بين العقابين بل يضرب قائمًا؛ لأن ذلك بدعة وقيل المراد به أن لا يمد السوط على بدنه بعد الضرب؛ لأنه زيادة على الحد، ولا يرفع الضارب يده فوق رأسه ويضرب الرجل قائمًا والمرأة قاعدة؛ لأن المشروع في الضرب أن تفرق على الأعضاء والضرب قائمًا أمكن للتفريق على الأعضاء والمرأة عورة فمتى ضربت قائمة لا يؤمن أن ينكشف شيء من أعضائها وتضرب الأعضاء كلها إلا الوجه والرأس والفرج؛ لأن الرأس مجمع الحواس وفيه العقل وبالضرب عليه يخاف فوت العقل وبعض الحواس والوجه مجمع المحاسن فيخاف أن يصيب العين أو حسا شريفا فيصير مثله والضرب على الرأس مهلك وعند أبي يوسف يضرب الرأس أيضًا لحديث أبي بكر رضي الله عنه أنه قال للجلاد: اضرب الرأس سوطا أو سوطين، فإن فيه شيطانا قلنا هذا الحديث ورد في

قتل أهل الحرب وضرب رؤوسهم واجب خصوصا في قوم كانوا بالشام ويحلقون أوساط رؤوسهم، وعن بعض مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن؛ لأنه مقتل كالرأس، وإن كانت المرأة حاملا والواجب الجلد لا تحد حتى تخرج من نفاسها صيانة للولد عن التلف لما روي أن رجلًا غاب عن امرأته سنين فلما قدم وجدها حبلى فنفى الحمل عن نفسه وخاصمها إلى عمر فأراد عمر حدها فقال معاذ إن كان لك عليها سبيل فليس لك على ما في بطنها سبيل فأخر الحد عنها فولدت غلاما قد طلعت ثنيتاه وكان أشبه الناس بأبيه فلما نظر الرجل إليه قال: ابني ورب الكعبة فقال عمر الله أكبر ودرأ عنها الحد فقال لولا معاذ لهلك عمر، ولأنه متى أقيم عليها الحد يخاف تلف ولدها بالإسقاط قبل أوانه والجلد شرع زاجرًا لا متلفًا كالقطع في السرقة، ولا يقام في الحر الشديد والبرد الشديد؛ لأنه يخاف منه التلف والضرب في النفاس يخاف منه تلفها؛ لأن بها زيادة ضعف لا تستطيع ألم الجلد، وإن كان الواجب رجما يؤخر إلى وضعه؛ لأن المستحق بالرجم إتلافها والرجم في نفاسها أسرع إلى موتها لما بها من ضعف الولادة. قالت الزانية: أنا حبلى تريها النساء، فإن قلن حبلى حبسها سنتين ثم رجمها لأنها تدعي معنى يسقط الحد عن نفسها فلا تصدق إلا بحجة وهذا التقادم حصل بعذر فلا يمنع الإقامة وجب على المريض حد حبس حتى يبرأ احترازًا عن السراية؛ لأنه عسى لا يطيق تحمل ألم الجلدات إلا الرجم، فإنه يستوفى في الحال كما بينا، ولا يقام حد في المسجد ولا يعزر لقوله عليه السلام: **"جنبوا مساجدكم: صبيانكم، ومجانينكم، وسل سيوفكم، وإقامة حدودكم"**(١) ولأن فيها احتمال تنجيس المسجد وتلويثه(٢).

(الفتاوى): رجل وجب عليه الحد وهو ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك إذا ضرب يجلد جلدًا خفيفًا مقدار ما يتحمله؛ لأن الواجب جلد لا إتلاف.

---

(١) أخرجه ابن ماجه (٧٥٠) قال: حدثنا أحمد بن يوسف السلمي، قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا الحارث بن نبهان، قال: حدثنا عتبة بن يقظان، عن أبي سعيد، عن مكحول، فذكره.

(٢) انظر: ابن عابدين ٣١٠/٤، والاختيار ٨٥/٢، وجواهر الإكليل ٢٢٣/٢، ٢٢٤، والمغني ٤٤/٩، ٤٥، ٤٦.

ورُوي أن رجلًا زنى فأمر النبي عليه السلام أن يوجد عِثْكَال[(١)] فيه مائة شمراخ ويضرب به ضربة واحدة[(٢)(٣)].

امرأة ثبت عليها الزنا وهي حامل ينظر إن ثبت بالإقرار ولا يحبس، ولكن يقال لها: إن وضعت فارجعي عن الإقرار، فإنه لا حاجة إلى الحبس؛ لأنها إن أرادت أن لا يقام عليها الحد ترجع عن الإقرار، ولها أن ترجع، فإن ثبت بالبينة تحبس لأنها لو لم تحبس يفوت حق الله تعالى، عسى وإن وضعت ولدا ولم يوجد من يكفل صبيها وترضعه، قال أبو حنيفة رحمه الله: ترك الولد معها ولا ترجم حتى يستغني الصبي عنها.

(باب الضمان في الحدود)

(المبسوط): المقضى برجمه إذا قتله الإنسان أو فقأ عينيه لا شيء عليه، ولو قتله قبل القضاء يجب القصاص إن كان عمدًا والدية إن كان خطأ؛ لأنه محقون الدم

---

(١) الْعِثْكَالُ وَالْعُثْكُولُ: عُنْقُودُ النَّخْلِ، وَالشِّمْرَاخُ شُعْبَةٌ مِنْهُ.
وَقَالَ فِي النِّهَايَة: الْعِثْكَال الْعِذْق وَكُلّ غُصْن مِنْ أَغْصَانه شِمْرَاخ وَهُوَ الَّذِي عَلَيْهِ الْبُسْر، وهما بمعنى. عون المعبود (ج ٩/ص ٤٨٩).

(٢) أخرجه أحمد (٥/٢٢٢، رقم ٢١٩٨٥)، والطبراني (٦/٦٣، رقم ٥٥٢٢). وأخرجه أيضًا: النسائي في الكبرى (٤/٣١٣، رقم ٧٣٠٩)، وابن ماجه (٢/٨٥٩، رقم ٢٥٧٤)، قال البوصيري (٣/١١٠): هذا إسناد ضعيف. وابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٤/٧٤، رقم ٢٠٢٤).

(٣) الْحَدِيث دَلِيل عَلَى أَنَّ الْمَرِيض إِذَا لَمْ يَحْتَمِل الْجَلْد ضُرِبَ بِعِثْكَال فِيهِ مِائَة شِمْرَاخ أَوْ مَا يُشَابِهُهُ، وَيُشْتَرَط أَنْ تُبَاشِرَهُ جَمِيع الشَّمَارِيخ،
وَقِيلَ: يَكْفِي الِاعْتِمَاد، وَهَذَا الْعَمَل مِن الْحِيَل الْجَائِزَة شَرْعًا، وَقَدْ جَوَّزَ الله مِثْله فِي قَوْله ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا﴾ الْآيَة قَالَهُ الشَّوْكَانِيُّ.
وَقَالَ ابْن الْهُمَام: وَإِذَا زَنَى الْمَرِيض وَحَدّه الرَّجْم بِأَنْ كَانَ مُحْصَنًا حُدَّ لِأَنَّ الْمُسْتَحَقّ قَتْله، وَرَجْمه فِي هَذِهِ الْحَالَة أَقْرَب إِلَيْهِ، وَإِنْ كَانَ حَدّه الْجَلْد لَا يُجْلَد حَتَّى يَبْرَأ، لِأَنَّ جَلْده فِي هَذِهِ الْحَالَة قَدْ يُؤَدِّي إِلَى هَلَاكه وَهُوَ غَيْر الْمُسْتَحَقّ عَلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الْمَرَض لَا يُرْجَى زَوَاله كَالسُّلِّ أَوْ كَانَ خِدَاجًا ضَعِيف الْخِلْقَة فَعِنْدنَا وَعِنْد الشَّافِعِيّ يُضْرَب بِعِثْكَال فِيهِ مِائَة شِمْرَاخ فَيُضْرَب بِهِ دَفْعَة، وَلَا بُدّ مِنْ وُصُول كُلّ شِمْرَاخ إِلَى بَدَنه، وَلِذَا قِيلَ لَا بُدّ حِينَئِذٍ أَنْ تَكُون مَبْسُوطَة. عون المعبود (ج ٩/ ص٤٨٩).

معصوم النفس وإنما يصير مباح الدم بالقضاء؛ لأن الشهادة فقط لا يوجب حكمها بدون القضاء فيكون القضاء شرطا لتنعقد الشهادة حجة موجبة للحكم، ولو تبين أحد الشهود عبد أو محدود في قذف أو كافر كان عليه الدية في ماله في ثلاث سنين استحسانًا والقياس أن يجب القصاص؛ لأنه قتل نفسا محقون الدم؛ لأنه لما ظهر أن القضاء وأقام البائع خطأ ظهر أنه لم يصر مباح الدم فبقي محقونا. وجه الاستحسان: أن القضاء يعد ظاهرًا فتثبت شبهة الإباحة كالمقضي عليه بالقصاص إذا قتل ثم رجع الشهود فقتله كما لا يقبض؛ لأن القضاء نفذ ظاهرًا فكذا هذا وتجب الدية صونا لدمه عن الهدر.

ولو رجم ثم تبين أن أحد الشهود عبد فلا شيء عليهم وديته على بيت المال؛ لأن القتل حصل بفعل مأمور به فينضاف فعله إلى الآمر وهو القاضي وهو عامل للعامة فيجب ذلك على بيت المال، وكذلك في السرقة وكل خطإ.

ولو تعمد القاضي ضمن؛ لأنه لم يستوف لله تعالى، ولو أمرهم الإمام بالرجم فضرب رجل عنقه ثم تبين أن الشهود عبيد فعليه الدية؛ لأنه قتله بغير حق وبغير أمر الإمام؛ لأن الإمام أمره بالرجم لا بالجز، ولو وجد أحد الشهود بالزنا عبدًا أو كافرًا أو محدودًا في قذف أو رجع الشهود بعد ضرب الجلد لا ضمان عليهم ولا على بيت المال إذا جرحه الضرب أو مات منه عند أبي حنيفة وعندهما يجب أرش الضرب في بيت المال أو على الشهود، وكذلك إذا وجد شهود التعزير عبدًا أو كافرًا بعدما عزر فمات أو جرحته السياط أو رجع الشهود فلا ضمان عنده خلافًا لهما أن الجراحة والسراية تولدت من الجلدات وإنه مما لا يمكن الاحتراز عنها، ولهذا لم يجب الضمان على الجلاد فيصير مشهودًا به ضرورة فصار فعل الجلاد منقولا إلى الشاهد فصار الشاهد متسببا للتلف بواسطة فعل الجلاد، فإذا رجعوا ضمنوا، والقاضي في إقامة الحد عامل للمسلمين ولا يمكنه الاحتراز عن الجرح والسراية فيصير داخلا تحت الأمر بالإقامة له أن القاضي قضى بضرب مؤلم موجع لا بضربٍ جارحٍ مزهقٍ؛ لأن الله تعالى أمر بالضرب لا بالجرح والقتل ويتصور الضرب بدون الجرح والموت بأن احتاط فيه وإنما حصل الجرح بحرق في

الضارب وقلة الاحتياط وترك المبالاة فلم يحصل الجرح والسراية بخطإ القاضي ولا بشهادة الشهود ولم يصر تسبيبا للتلف ولم يضمن بخلاف ما لو قطع في السرقة فمات السارق يجب الضمان على بيت المال أو على الشهود إذا رجعوا؛ لأن الاحتراز عن السراية غير ممكن؛ لأن السراية إنما تقع لضعف طبع المقطوع يده فصارت السراية مشهودا أو مقضيا بها ضرورة فصار مسببا للتلف زكوا شهود الزنا فرجم، فإذا الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودون في القذف فالدية على المزكين عند أبي حنيفة إذا رجعوا عن التزكية وقالوا: علمنا أنهم عبيد ومع ذلك زكيناهم، فإن قالوا: أخطأنا فلا ضمان عليهم وعندهما الدية على بيت المال.

لهما: أن المزكين لم يوجد منهم إلا الثناء بالخير على الشهود فأما التلف حصل بقضاء القاضي خطأ. له: أن المزكي متلف؛ لأن الشهادة هي العلة الموجبة للقضاء وإنما يصير حجة موجبة بالتزكية فصارت التزكية بمنزلة علة العلة والحكم يضاف إلى علة العلة فصار المزكي متلفا تسبيبا إلا أنهم إذا أخطأوا لم يصيروا متعديين في التسبيب فلم يضمنوا كما لو أخطأ القاضي لم يضمن فالمزكي أولى، ولو مات من التعزير لا شيء على بيت المال خلافًا للشافعي، ولو مات من الجلد فلا شيء في بيت المال بالإجماع؛ لأن الإمام مأمور بإقامته؛ لأن التعزير واجب؛ لأنه يجب بفعل محظور للزجر عن ارتكابه كالحد، والآمر لا يتقيد بشرط السلامة عما لا يمكن الاحتراز عنه إذ لو تقيد به لتقاعد عن إقامته خوفا من السراية.

(فصل)

زنا بامرأة كبيرة فأفضاها ولم يستمسك معها البول حد وضمن الدية؛ لأنه بالإفضاء فوت جنس منفعة على الكمال وهي منفعة استمساك البول فصار متلفا لما لا نظير له في البدن فيضمن الدية كما لو قطع ذكر الرجل، وإن كان يستمسك حد وضمن ثلث الدية؛ لأنه لم يفوت المنفعة على الكمال بل أجافها، فإن الجائفة جراحة تصل إلى الجوف وفي الجائفة ثلث الدية وإن كانت صغيرة لا يجامع مثلها يستمسك البول لزمه ثلث الدية والمهر كاملا ولا حد عليه؛ لأنه يمكن القصور في الزنا لأن الزنا اسم لإيلاج الفرج في قبل مشتهاة ولم يوجد والوطء الحرام في

دار الإسلام لا يخلو عن عقوبة أو غرامة وقد سقطت العقوبة للشبهة فيلزمه الغرامة وتلزمه الدية للجائفة ويعزَّر؛ لأنه باشر جريمة لا حد لها، وإن كانت لا تستمسك ضمن الدية ولا يضمن المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وعند محمد يضمن المهر أيضًا. لمحمد: أن هذا الفعل بابتدائه وطء حقيقة وهو إيلاج الفرج في الفرج فما لم يتصل به الإفضاء وهو الإيلاجات السابقة فهو وطء وما اتصل به الإفضاء وهي الإيلاجات اللاحقة فهو إتلاف فقد اجتمع سببا العقر والدية فجمع بينهما كما لو وطئها ثم أفضاها بخشبة أو بإصبع يلزمه العقر والأرش وكذا هذا، لهما: أن الدية ضمان لكل العضو والمهر ضمان جزء منه وضمان الجزء يدخل في ضمان الكل لتعذر اجتماع الضمانين بمعاملة عضو واحد كما لو قطع إصبع إنسان خطأ ثم قطع كفه قبل البرء يلزمه أرش الكف فحسب فكذا هذا ولا يحد الرجل؛ لأنه ليس بوطء كامل لعدم اشتهاء المحل، ولهذا لا يثبت به حرمة المصاهرة ولا يحد قاذفه؛ لأنه وجد صورة الوطء الحرام، ولو كسر فخذ امرأة في الزنا أو جرحها ضمن الدية في ماله وحد؛ لأنه شبه العمد وفي شبهة العمد يجب الدية في ماله.

(**المنتقى**): رجل أقر بالزنا وهو محصن فأمر القاضي برجمه فذهبوا به ليرجموه فرجع عما أقر به فقتله رجل لا شيء عليه ما لم يبطل القاضي عنه الرجم، فإن أبطل عنه الرجم ثم قتله رجل قتل به؛ لأنه صار مباح الدم بالإقرار بالزنا ولا تعود العصمة إلا بعد ثبوت رجوعه بالقضاء.

(باب الإقرار بالزنا)

(**المبسوط**): ولو أقر بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس مختلفة أو أقرت امرأة أقيم عليهما الحد.

وعند الشافعي: يحد بإقراره مرة.

والصحيح قولنا؛ لما رُوي أن ماعزًا أقر عند رسول الله صلى الله عليه وسلم بالزنا فأعرض عنه، فأعاد فأقر فأعرض عنه، فعاد ثالثًا فأقر فأعرض عنه، فعاد رابعًا

فقال عليه السلام: **"الآن أقررت أربعًا" فأمر برجمه**"(١)، فلو كان الحد واجبًا بالإقرار مرة وظهر الوجوب عند الإمام بالحجة لم يحل له التأخير؛ ولأن الفاحشة يجب إخفاءها وكتمانها ويحتال لدرئها ما أمكن بالنص وفي اشتراط الأقارير أربع مرات سعي إلى كتمانها وإخفائها وتقليل آثارها وإشاعتها واحتيالًا لدرئها؛ لأنه ربما يندم في المرة الثانية والثالثة فيعرض عنه، ولهذا قيد شهوده بأربعة لئلا ييسر إظهارها وإنما يعتبر في أربعة مجالس؛ لأن المجلس الواحد جامع لخطابات وأقارير مكررة فيشترط اختلاف المواطن لنزول شبهة الاتحاد عن الإقرار باتحاد المجلس وتغيير اختلاف مجلس المقر لا مجلس القاضي؛ لأن المجلس اختلف في حق ماعز ولم يختلف في حق رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإنه لم يبرح عن مكانه.

وذكر محمد عن أبي حنيفة رحمه الله: أن المجالس المتفرقة إن يذهب المقر بحيث لا يراه ولا يكون معه في المجلس ثم يجيء فيقر مستأنفًا هكذا أربع مرات.

ولو أقر بالزنا عند من ليس له ولاية إقامة الحد أربع مرات، فإنه لا يعتبر حتى لا تقبل الشهادة على ذلك إن كان منكرا؛ لأنه رجع عن الإقرار، وإن كان مقرا ولا عبرة للشهادة مع الإقرار.

ولو أقر بالزنا عند الإمام ينبغي للإمام أن يزجره عن الإقرار ويظهر الكراهية من ذلك ويأمر بتنحيته عن مجلسه وهكذا يفعل في كل مرة وإذا أقر أربعا نظر في حاله إن عرف أنه صحيح العقل سأله عن الزنا ما هو؟ وكيف زنى؟ وبمن زنى؟ وأين زنى؟ لاحتمال الشبهة في ذلك، فإذا بين ذلك سأله هل هو محصن؟ فإن قال هو محصن سأله عن إحصانه ما هو؟ فإن وصفه بشرائطه حكم عليه بالرجم وأمر بإقامته عليه.

ولو أقر بالزنا مرتين وشهد عليه أربعة عدول بالزنا.

ذكر في (**النوادر**): أنه لا يحد عند أبي يوسف، وعند محمد يحد، له: أن الإقرار مرة ليس بحجة فيكون وجوده وعدمه بمنزلة، وكان الامتناع عن الباقي دليل الرجوع عن الأول والرجوع صحيح في باب الحد فالتحق الإقرار بالعدم شرعا فبقيت

(١) أخرجه أبو داود (٤٤٢١) قال: حدثنا أبو كامل، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا خالد، يعني الحذاء، عن عكرمة، فذكره.

الشهادة حجة متكاملة متعرية عن سابقة الإقرار فتقبل لأبي يوسف أن الإقرار موجود حقيقة لكنه غير معتبر شرعا، ولو كان معتبر شرعا لبطلت الشهادة وإذا كان موجودا حقيقة لا شرعا أورث شبهة بطلان الشهادة والشبهة كالحقيقة في باب الحدود.

(باب الشهادة على الزنا)

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: في كيفية الشهادة.

والثاني: فيما يمنع قبولها.

والثالث: في اختلاف الشهود.

(فصل)

ويسأل القاضي الشهود بالزنا: ما الزنا؟ وكيف هو؟ ومتى زنى؟، فإن وصفوا جنسه لترك الشهود؛ لأن اسم الزنا يطلق على ما ليس بزنا موجب للحد، قال عليه السلام: "**العينان تزنيان، واليدان تزنيان، والرجلان تزنيان، والفرج يحقق ذلك كله أو يكذبه**"(١).

وقول الشاهد: رأيتهما تحت لحاف واحد لا يكون شهادة حتى يقول: رأيت مثل الميل في المكحلة، هكذا رُوي عن عمر رضي الله عنه: وإذا وصفوا بالزنا إنا رأيناهما كالميل في المكحلة يسألهم عن كيفية الزنا.

لأن الزنا نوعان: زنا لغة، وزنا شرعًا.

فإن زنى الصبي والمجنون زنا لغة لا شرعًا، فإذا وصفوا بما هو زنا شرعا موجبا للحد يسألهم عن وقته؛ لأن تقادم العهد مانع وجوب الحد ثم يسألهم عن المزنية

---

(١) أخرجه أحمد ٣٤٤/٢ (٨٥٢٠) قال: حدثنا عفان. وفي ٥٢٨/٢ (١٠٨٤١) قال: حدثنا عبد الصمد. وفي ٥٣٥/٢ (١٠٩٢٤) قال: حدثنا روح. و«أبو يعلى» (٦٤٢٥) قال: حدثنا هدبة.
أربعتهم: (عفان بن مسلم، وعبد الصمد بن عبد الوارث، وروح بن عبادة، وهدبة بن خالد) عن حماد بن سلمة، عن ثابت البناني، عن أبي رافع، فذكره.

بها؛ لأن المزنية إذا لم تكن محرمة عليه من كل وجه لا يجب الحد أو إذا وصفوا أنها محرمة عليه من كل وجه سألهم عن المكان؛ لأن اتحاد المكان في الشهادة شرط لإقامة الحد لما يأتي؛ لأن الإمام مأمور بدرء الحد فيستقضي في السؤال كل الاستقضاء لعل سؤاله يصير سببًا لدرء الحد كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم لما اعترف ماعز بين يديه بالزنا فقال: **"أبك خبل؟ أو أبك جنون؟ لعلك مسستها؟ لعلك تزوجتها"**[١].

سئل الشهود عن الزنا فقالوا: لا يزيد على هذا، لا يحد الشهود، لأنهم شهدوا بالزنا وما قذفوا وإنما يسأل احتياطا حتى لو وصفوه بغير وصفه يحدّون.

ولا يقبل على الزنا أقل من أربعة شهداء لقوله تعالى: ﴿فَٱسْتَشْهِدُواْ عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾ [النساء: ١٥] وقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُواْ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ [النور: ٤]، فإن شهدوا

(١) أخرجه «البخاري» ٤٦/٧ (٥٢٧٠) قال: حدثنا أصبغ، قال: أخبرنا ابن وهب، عن يونس. وفي ١٦٥/٨ (٦٨١٤) قال: حدثنا محمد بن مقاتل، قال: أخبرنا عبد الله، قال: أخبرنا يونس. وفي ١٦٦/٨ (٦٨٢٠) قال: حدثني محمود، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«مسلم» ١١٧/٥ (٤٤٤٢) قال: حدثني أبو الطاهر، وحرملة بن يحيى، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، وابن جريج. و«أبو داود» (٤٤٣٠) قال: حدثنا محمد بن المتوكل العسقلاني، والحسن بن علي، قالا: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«الترمذي» (١٤٢٩) قال: حدثنا الحسن بن علي، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«النسائي» ٦٢/٤، وفي «الكبرى» (٢٠٩٤) قال: أخبرنا محمد بن يحيى، ونوح بن حبيب، قالا: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. وفي «الكبرى» (٧١٣٦) قال: أخبرنا أحمد بن عمرو بن السرح، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس. وفي (٧١٣٧) قال: أخبرني إبراهيم بن الحسن المصيصي، قال: حدثنا حجاج، قال: قال ابن جريج. وفي (٧١٣٨) قال: أخبرنا محمد بن رافع النيسابوري، ونوح بن حبيب القومسي، قالا: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«ابن حبان» (٣٠٩٤) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن قتيبة، قال: حدثنا ابن أبي السري، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٤٤٤٠) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا حبان بن موسى، قال: أخبرنا عبد الله، عن يونس.

ثلاثتهم: (عبد الملك بن جريج، ومعمر بن راشد، ويونس بن يزيد) عن محمد بن مسلم، ابن شهاب الزهري، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن، فذكره.

أقل من أربعة فهم قذفة يحدون حد القذف إذا طلب المشهود عليه خلافًا للشافعي؛ لأن الله تعالى أوجب حد القذف عند عدم شهادة الأربع بقوله: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ الآية ولإجماع الصحابة، فإنه روي أن ثلاثة شهدوا على المغيرة بالزنا عند عمر رضي الله عنه، ثم قام الرابع فقال: رأيت أقداما بادية ونفسًا عالية وأمرًا منكرًا ولا أعلم ما وراء ذلك، فقال عمر: الحمد لله الذي لم يفضح رجلًا من أصحاب محمد عليه السلام، وحَدَّ الثلاثة[1]. وكان بمحضر الصحابة ولم ينكر عليه أحد فحل محل الإجماع[2].

وكذلك إن جاء أربعة متفرقين واحدًا بعد واحد متفرقين يشهدون على الزنا يحدون إلا أن يكونوا في مجلس واحد فيتقدم واحد بعد واحد في ساعة إلى القاضي، وعند الشافعي لا يحدون؛ لأن اتحاد المجلس شرط في صحة الشهادة على الزنا خلافًا للشافعي؛ لأن الأمر متردد متميِّل بين أن يكون شهادة أو قذفا وإنما تتميز الشهادة على القذف إذا وقعت الشهادة جملة لكن الشهادة في دفعة واحدة منهم لا تتصور فاعتبرنا اتحاد المجلس كأنهم شهدوا دفعة واحدة، فإذا تفرقوا في مجالس بقي كلامهم قذفا. شهد ثلاثة نفر وامرأة بالزنا يحدون؛ لأنه لا تقبل شهادة النساء في حد وقصاص والحدود لا تثبت بالشهادة على الشهادة. شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لا يحدون قال ليس بامرأتي ولو أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها يحد؛ لأنه غير متهم في الإقرار على نفسه؛ لأنه عارف بحاله بخلاف الشاهد؛ لأنه متهم؛ لأنه قد يقر على غيره حالة الاشتباه؛ لأن المرأة المجهولة يتصور أن تكون امرأته أو أمته أو أمة أبيه أو منكوحته نكاحًا فاسدًا ولو بطلت شهادة الشهود برقّ أو كفر أو حد قذف أو عمي أو نحوه حدوا ولم يحد المشهود عليه لأنهم صاروا قذفة.

---

(١) أخرجه الشافعي في الأم (٢٦/٧)، والبيهقي (١٥٢/١٠، رقم ٢٠٣٣٤).

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ١٤٢/٣، والفتاوى الهندية ١٥١/٢، المطبعة الأميرية ١٣١٠هـ، حاشية الدسوقي ٣١٩/٤، ٣٨٥، ومغني المحتاج ١٤٩/٤، ١٥٦، وكشاف القناع ١٠١/٦، والمغني ١٩٨/٨ - ٢٠١.

(فصل)

أربعة شهدوا على رجل بالزنا فوجد مجنونا بعد الرجم فالدية على الشهود ولا حد؛ لأنه ظهر كذبهم بيقين، فإن المجنون لا يتصور منه الزنا فقد تسببوا لإتلافه فضمنوا وقاذف المجنون لا يحد، وإن كانت امرأة فنظر إليها النساء بعد الرجم فقلن عذراء أو رتقاء فلا ضمان على الشهود ولا حد عليهم ولا عليها لانتفاء زناها ضرورة بثبوت البكارة؛ لأن شهادتهن حجة في ثبوت البكارة وليست بحجة في حق إقامة الحد وإيجاب الضمان. شهدوا بالزنا ثم غابوا أو ماتوا أو عموا لم يرجم ولم يحد الشهود؛ لأن العمى يمنع ابتداء القبول فيمنع الإمضاء. فأما الموت والغيبة فلأن بداية الشهود بالرجم شرط لإقامة الحد ولا يمكنهم قالت الشهود للرجل والمرأة نشهد إنكما زانيان ثم قدموهما إلى القاضي وشهدوا بالزنا فقالا: إنهم قالوا لنا هذه المقالة قبل المرافعة وجاءا بالبينة لا تقبل بينتهما ويحدان؛ لأن قول الشهود قبل المرافعة جرح والبينة على الجرح لا تقبل.

ولو قال المسلم الزاني: أنا عبد فشهد نصرانيان أن مولاه أعتقه منذ سنة ومولاه نصراني يعتق ولا يحد حد الأحرار عندهما.

وقال أبو يوسف: لا تقبل؛ لأن دعوى العبد عنده شرط لثبوت العتق، وعند أبي حنيفة ليس بشرط فيعتق والحرية شرط لوجوب الرجم والشرط لا يثبت بشهادة الكافر على المسلم كشرط الطلاق والعتاق فلا تثبت الحريّة في حق تكميل الحد ولكنه يعتق؛ لأن هذه شهادة بالعتق على مولاه وهو نصراني. ادعى الزاني أن أحد الشهود محدود في القذف إن ادعى بينة حاضرة أجّله مقدار ما يقوم من مجلسه ولا يخلى عنه كي لا يهرب فيصير مضيعا للحد، فإن أقام البينة على ذلك يقبل ولا يحد لأنها قامت على عدم الشهادة والحجة على الزنا لفقد أهلية الشهادة لا على جرح الشاهد بخلاف الشهادة على الفسق لا تقبل؛ لأنه جرح في الشاهد مع قيام الحجة، وإن قال شهودي غُيَّب لا يؤجل؛ لأن الحد قد وجب ولا يجوز تأخيره بمجرد دعواه، ولو قذف أحد الشهود رجلًا قبل أن يحد الزاني حد القاذف ودرئ الحد عن الزاني؛ لأن بإقامة الحد على القاذف صار فاسقا فبطلت شهادته.

(فصل)

ولو اختلف الشاهدان في المزني بها أو في الدارين أو بيتين لا يحد؛ لأن المشهود به قد اختلف؛ لأنه لا يتصور الزنا الواحد في الدارين والبيتين ولا يحد الشهود خلافًا لزفر لأنهم شهدوا على زنا واحد في زعمهم وإنما اختلفوا في ذكر المكان فيفيد الشهادة شبهة الاتحاد فيسقط بها حد القذف، وإن اختلفوا في المكانين المتقاربين كما في الروايتين في بيت صغير تقبل؛ لأن هذا الاختلاف يحتمل التوفيق؛ لأن ابتداء الفعل قد يكون في زاوية ثم يضطربان فينتقلان إلى زاوية أخرى من غير أن يصير فعلًا آخر وفي البيت الكبير لا يحتمل هذا ولم يقبل، وكذلك لو اختلفوا في ساعة في يوم واحد بحيث يمتد الزنا إلى تلك الساعة تقبل؛ لأن التوفيق ممكن، وإن اختلفوا في الثوب الذي كان عليه حال زناه يقبل خلافًا لزفر؛ لأن التوفيق ممكن، فإن ظاهر بين ثوبين وعاين أحد الفريقين يومًا معاينة الآخر ويتصور أنه أخذ في العمل وهو لابس ثوبا ثم لبس آخر وهو على حاله. شهدوا بالزنا اثنان بمطاوعة المرأة واثنان بكونها مكرهة لا يحدون عند أبي حنيفة وعندهما يحد الرجل خاصة لأنهم اتفقوا على زناه ثم تفرد اثنان بإثبات زيادة جناية وحدث منه وهو الإكراه وذلك يؤكد جناية ولا يصير شبهة.

له: أنهم شهدوا عليه بفعلين مختلفين؛ لأن الزنا الذي فيه المرأة مطاوعة غير الزنا الذي فيه المرأة مكرهة؛ لأن في الطواعية اشتركا في الزنا وفي الإكراه تفرد الرجل به خاصة؛ لأن فعل الزنا صار كله مضافا إلى المُكرِه فصار المشهود به مختلفا وليس على أحدهما حجة متكاملة فلا يجب شيء. أربعة شهدوا بالزنا على رجل فشهدوا أربعة على الشهود أنهم الذين زنوا بها لا تقبل شهادة أحدهم ولا يقام الحد على أحد للشبهة عند أبي حنيفة وعندهما يحد الشهود الأوليين لثبوت زناهم بحجة وهي شهادة أربعة عدول وصاروا فسقة فسقط الحد عن المشهود عليه الأول يصيرون به فسقة ووجب الحد عليهم لثبوت زناهم بحجة له أن الشهود الأول وإن صاروا فسقة إلا أن شهادة الفاسق حجة في الجملة وأوجبت شهادتهم شبهة ثبوت الزنا على المشهود عليه فيتبقى بهذا القدر عن الفريق الأول؛ لأن الزنا الواحد لا

يتصور من رجلين والفريق الثاني هو أخذ الزنا عن المشهود عليه فأثبتوا هذا الزنا على الفريق الأول؛ لأن كلمة المدين إنما تستعمل لنقل الفعل من الغير إلى الغير كمن قال ضرب فلان فلانا فقال آخر: الذي ضربه هذا يريد به أن الضارب هو الثاني لا الأول حتى لو قال الفريق الثاني إنهم زنوا بها وسكتوا يجب عليهما الحد لأنهم شهدوا بزنا آخر لا بالزنا الذي شهد به الفريق الأول. قامت بينة على حد قذفه في مدينة فقال المشهود عليه أنا أقيم البينة أني كنت ذلك اليوم في مدينة أخرى لم تقبل إلا أن يجيء بشيء مشهور، فإن كان موت القاضي قبل ذلك الوقت؛ لأن المقصود من الغيبة نفي الحد والبينة على النفي غير مقبولة، وإذا كان موت القاضي مستفيضا مشهورا قبله لا يقضى بكونه محدودا؛ لأنه ظهر كذب الشهود بذلك. قضى برجم أو بحد فمات القاضي أو عزل لم يجز للثاني أن يقضي به حتى تقوم البينة عنده؛ لأن ما يمنع القضاء يمنع الاستيفاء كما لو اعترض العارض في الشاهد بعد القضاء قبل الإمضاء.

(فصل)

أربعة شهدوا على امرأة بالزنا، أحدهم زوجها تقبل خلافًا للشافعي؛ لأن الوصلة بينهم لا يمنع القبول عليهما لانتفاء التهمة ولكن يمنع القبول لها لقيام التهمة كالأب إذا شهد على ابنته بالزنا والغيظ من جهة الزنا لا يحمله على الشهادة زورًا لما فيها من إلحاق العار والشين بنفسه بل يحمله على الكف عن إظهار الفاحشة على فراشه.

ولو شهدوا على امرأة أحدهم زوجها بالزنا بابن زوجها مطاوعة لا تجوز شهادة الزوج دخل بها أو لم يدخل لوجود التهمة؛ لأنه ربما يريد إسقاط المهر قبل الدخول وإسقاط النفقة بعد الدخول، ويحد الثلاثة ولا يحد الزوج لأنها تقول لم أزن به ويقول الزوج حرمت علي وبطل اللعان علي. شهد أربعة على رجل وامرأة بالزنا فشهد ثلاثة أنها طاوعته وشهد واحد أنه استكرهها فعلى الثلاثة الحد لأنهم قذفه لها.

ولو شهد ثلاثة على الاستكراه وواحد على المطاوعة فلا حد على واحد عند أبي حنيفة، وعندهما يحد الرجل لما بينا.

أربعة شهدوا على امرأة ورجل بالزنا فلم يمض القاضي الحد حتى شهد أربعة على الشهود الأوليين بالزنا ولا حد على أحد عند أبي حنيفة، وعندهما يحد الرجل والمرأة والفريق الأوسط من الشهود؛ لأن الفريق الأوسط صاروا فسقة بشهادة الفريق الآخر بالزنا عليهم فبطلت شهادتهم على الفريق الأول فصاروا قذفة.

ولو شهد الشهود بعضهم على بعض أنهم محدودون في قذف والمسألة بحالها يحد الرجل والمرأة بالشهادة الأولى لما بينا. رجل قذف رجلًا بالزنا ثم شهد القاذف مع ثلاثة نفر أنه زانٍ ينظر إن كان المقذوف قدمه إلى القاضي ثم شهد لا يقبل؛ لأنه شهد لنفسه؛ لأن القاذف بهذه الشهادة مسقط للحد عن نفسه، وإن كان لم يقدمه قبلت شهادته؛ لأن الحد لم يجب عليه.

(باب ما يسقط الحد بالتقادم وما لا يسقطه)

(المبسوط): الإقرار لا يبطل بتقادم العهد في الحدود كلها والشهادة تبطل إلا في حد القذف، فإنه لا يسقط بالتقادم؛ لأنه متى عاين الشهود شيئًا من هذه الكبائر خيروا بين حسبتين حسبة الستر على المسلم أو حسبة الإظهار والإشاعة والستر أندب وأحب، فإن اختاروا الحسبة بإظهار الفاحشة بالشهادة لإقامة الحد لا يحل لهم التأخير؛ لأن تأخير الحد حرام؛ لأن في إقامته مصلحة للعامة، فإذا أخروا ثم أظهروا اتهموا أن إظهارهم كان لضغينة وعداوة حملتهم على ذلك لا لإقامة الحسبة فثبت فسقهم فبطلت شهادتهم بخلاف حد القذف؛ لأنه لا تصح الشهادة إلا بالدعوى وإلا بفسق الشهود بالتأخير كالمال وهذه التهمة لا تتحقق في الإقرار، ولو تحققت فالإقرار لا يرد بالتهمة وفي دعوى السرقة تمكنت زيادة التهمة في الدعوى لا في الشهادة؛ لأن المدعي في السرقة مخير بين أن يدعي السرقة ويحتسب لإقامة الحد وبين أن لا يدعي السرقة ويدعي أحد المال سترا على المسلم وصيانة له عن القطع، فإذا اختار الحسبة حرم عليه التأخير، فإذا أخر دل ذلك على ترك جهة الحسبة، فإذا عاد إلى دعوى السرقة لم تصح دعواه السرقة لإقامة الحد حسبة بعدما تمكنت التهمة والشبهة فيه فبطلت الشهادة أيضًا لأنها بناء على الدعوى فبقي دعوى

مجرد المال والشهادة عليه وحد التقادم في الزنا هو ستة أشهر ولم يرد به الأمر اللازم.

وعن أبي حنيفة: أنه فوضه إلى رأي القاضي.

وعن محمد: أنه قدر بشهر وحد التقادم في شرب الخمر وفي كل مسلم عندهما بانقطاع الرائحة، وعند محمد هو الشهر؛ لأن الرائحة محتملة فلا تصلح دليلا، ألا ترى أن الروائح مشتبهة وإنما المؤثر في إبطال الشهادة هو التأخير وذلك يحصل بالزمان قدرناه بشهر؛ لأنه أدنى الآجال شرعا وعادة.

لهما: أن حد شرب الخمر عرف بإجماع الصحابة حال وجود الرائحة ولم يثبت الإجماع حال زوال الرائحة فلا يجب الحد.

ورُوي أن رجلًا جاء بابن أخ له إلى ابن مسعود فاعترف عنده عليه بشرب الخمر، فقال ابن مسعود: بئس ولي اليتيم أنت لا أدبته صغيرًا ولا سترت عليه كبيرا، ثم قال: تلتلوه ومزمزوه - أي: حركوه - ثم استنكهوه، فإن وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه.

ولو أقر بشرب الخمر فعند محمد لا يبطل الإقرار بالتقادم اعتبارًا بسائر الحدود وهو القياس الواضح.

وعندهما: لا يقام إلا بقيام الرائحة أيضًا لعدم الإجماع، ألا ترى أن ابن مسعود ما أقام الحد بالإقرار إلا بقيام الرائحة فعند عدم الرائحة لا إجماع.

وإن كانت الرائحة توجد عند الأخذ فلما ذهبوا به إلى الإمام انقطعت الرائحة بسبب بُعد المسافة لم يبطل الحد؛ لأن مواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع ولا يحد مالك مملوكه خلافًا للشافعي ويعزره؛ لأنه حق الله تعالى لصدور الجناية وارتكاب الكبيرة على حقه، ولهذا يملك الإمام إقامة الحد بالإجماع والإمام إنما يملك استيفاء حق الله تعالى ولا يستوفيه إلا من هو نائب عن الله تعالى ويعزره؛ لأنه تأديب وتهذيب ماله واستصلاح ملكه فيملكه والحد مقدر شرعا فربما يتلف ماله أو ينقصه وربما يقصر المولى في إقامته شفقة على ماله.

(باب معرفة القذف)

(**المبسوط**): يحتاج إلى: بيان القذف الموجب للحد، وشرائطه، ومقدار حده، وأحكامه.

أما القذف فنوعان: قذف بصريح الزنا كقوله: يا زاني أو زنيت أو يا ابن الزانية، ولو قال: يا ابن الزاني ويا ابن الزانية فقد قذف أباه وأمه كما تبين، ولو قال: يا ابن الزنا فهو قذف معناه أنت متولد من الزنا؛ لأن الزنا فعل ينسب الإنسان إليه.

وأما الكناية كقوله: فجرت بفلانة أو جامعتها حراما لا حد عليه ما لم يقذفه بالزنا؛ لأن الجماع الحرام قد يكون بنكاح فاسد، ولو كان لرجل جاز فقال له: قل لفلان يا زاني فقال الرجل عنه، لا حد على المرسل؛ لأنه ما قذفه حقيقة.

قذف بأي لسان كان يحد؛ لأن الحد وجب لدفع العار والشنار عن المقذوف محصنا وشرائط إحصانه ما ذكرنا.

وأما مقدار حده: فثمانون سوطا لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤] والمراد بالرمي المذكور في الآية الرمي بالزنا دون الرمي بغيره من سائر المعاصي لإجماع الأمة على ذلك ولإشارة الآية وهو قوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمۡ يَأۡتُواْ بِأَرۡبَعَةِ شُهَدَآءَ﴾ الآية ولا حكم يختص ثبوته بأربعة شهداء سوى الزنا.

وأما حكمه: فوجوب الحد عند عجز القاذف عن إقامة الشهود على صدق مقالته ورد شهادته أبدًا بالنص.

(**المنتقى**): ولو قال: يا ابن ألف زانية، وأمه حرة يحد لأمه، وإن كانت أمة أو أم ولد وجدته حرة فلا حد عليه؛ لأن أمه ليست بمحصنة والمقذوف أمة.

عن محمد: لو قال لامرأته: يا زانية، فقالت: أنت أزنى مني، حد الرجل ولا حد عليها؛ لأن قولها: أنت أزنى تشبيه وليس بقذف صريحا لما يأتي.

رجل قال لرجلين: أحدكما زانٍ، فقيل له: هذا هو لأحدهما، فقال: لا، لا يحد؛ لأنه قذف المنكر والدعوى من المنكر لا يتصور وهي شرط في حد القذف.

ولو قال لجماعة: كلكم زانٍ إلا واحد، حد عليه؛ لأن لكل واحد أن يدعي القذف ما لم يعين المستثنى وكان أصل القذف موجبا. رجل قذف امرأته ولم يدخل بها حتى علم أنها أخته من الرضاعة لا حد عليه؛ لأنه قذفها على أنها زوجته وقذف الزوج زوجته لا يوجب الحد فقد قذفها على ظن أنه لا يجب عليه الحد.

(باب التشابه في [الحد][1])

(المبسوط): ولو قال لرجل: يا زانية لا يحد خلافًا لمحمد، ولو قال لامرأة: يا زاني يحد بالإجماع.

لمحمد: أن الهاء كما تلحق باسم المؤنث للتأنيث تلحق باسم المذكر للمبالغة في الفعل والعلم كما يقال: رجل قتالة، أي: كثير القتل، ويقال: رجل حسّابة ونسابة، أي: أعلم به فتحمل الهاء هنا على المبالغة في فعل الزنا لا على المبالغة في العلم به؛ لأن المقرون بالهاء فعل الزنا لا العلم به فيحمل على الفعل كي لا يلغو كأنه قال: أكثرت الزنا.

لهما: أنه كثر استعمال ذكرها في المبالغة للعلم بالفعل المقرون بالهاء يقال فلان حسابة نسابة أي أعلم الناس بالأنساب والحساب ويستعمل أيضًا للمبالغة في الفعل فتحمل هنا على المبالغة في العلم احتيالا للدرء بخلاف ما لو قال للمرأة يا زاني؛ لأن بغيرها يذكر بعثا للمرأة على سبيل الترخيم كما يقول العرب: يا صاح لصاحب، يا مال أي مالك، فيجوز أن يقال يا زاني ويراد به زانية يحمل على الترخيم كي لا يلغو الكلام ومعنى الترخيم لا يحتمل معنى آخر غير ما يحتمله مع الهاء.

ولو قال لامرأته: زنيت بحمار أو بثور لا يحد؛ لأن معناه أولج فيك حمار، ولو صرح به لا يحد، ولو قال: زنيت بدراهم أو بناقة أو بثوب ونحوه يحد؛ لأنه معناه زنيت فأحدث هذا؛ لأن هذا لا يحتمل وجها آخر، ولو قال: هذا لرجل لا يحد؛ لأنه ليس العرف في جانبه أخذ المال، ولو قال لأجنبية: يا زانية فقالت زنيت بك لا يحد الرجل لتصديقها وتحد المرأة لقذفها الرجل، ولو قال: يا زانئ مع الهمزة

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): القذف.

وقال: عنيت به الصعود لا يصدق ويحد، ولو قال: زنأت في الجبل مع الهمزة وقال: عنيت الصعود يحد عندهما خلافًا لمحمد والشافعي. لهما: أن الزنأ بالهمز مقرونا بمحل الصعود يستعمل للصعود قال لبيد[1]: [الرجز]

وَارْقَ إِلَـى الخَيْـرَاتِ زَنْـأً فِـي الجَبَـلْ

فأراد به الصعود إلا أنه مع كلمة في يبقى محتملا للصعود بظاهر الهمزة فيجعل للصعود ويجعل كلمة في عبارة عن على كما قال الله تعالى: ﴿وَلَأُصَلِّبَنَّكُمْ فِي جُذُوعِ ٱلنَّخْلِ﴾ [طه: ٧١] أي على جذوع النخل حملا للمحتمل على الحكم.

لهما: أن الزنا يحتمل الصعود ويحتمل الفاحشة؛ لأن العرب قد تهمز غير المهموز كما تلين المهموز وقوله: في الجبل لا يحتمل الصعود لا يقال زنا فيه وإنما يقال زنا عليه؛ لأن في حقيقته للظرف وإنما يكون للجبل ظرفا إذا أريد به الزنا فحملنا المحتمل على المحكم وعلى أنه يعني إرادة الزنا بدلالة الحال؛ لأن المسألة مصورة في حالة الغضب والسباب ولأن العامة لا يفرقون بين إدخال الهمزة وإسقاطها فصار، كما لو قال زنيت في الجبل وبالإجماع يحد؛ لأنه قذفه وخص الفعل بمكان، ولو قال: زنأت الجبل لا حد عليه بالإجماع؛ لأنه لا يراد به إلا الصعود يقال: زاني الجبل وزاني السطح ويراد به الصعود ولأن زنيت في الجبل من غير همزة يحد بالإجماع؛ لأن بغير همزة لا يحتمل إلا الزنا.

(المنتقى): عن محمد لو قال لامرأته: يا زانية، فقالت: زنيت بك قبل أن أتزوجك تحد المرأة دون الرجل لأنها قذفته بالزنا وصدقته في قذفه إياها.

إبراهيم عن محمد رجل دعا بجاريته فأجابته امرأة حرة وهو لا يراها فقال يا زانية ثم قال ظننتها أمتي لا نحده ولا نصدقه؛ لأنه أمكنه الوقوف على جاريته والفحص عن حالها بالاستخبار وبالكلام، ولو قال لأجنبية: يا زانية، فقالت: زنيت معك، قال محمد: لا يحدان.

---

(١) نسبه في اللسان (زنأ) إلى قيس بن عاصم المنقري يُرَقِّص صَبيًّا له من زوجه منفوسة بنت زيد الفوارس، ونسبه في (هلف، عمل، وكل) إلى امرأة من العرب.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف قال: تحد المرأة لأنها قذفته بقولها: زنيت أنت وأنا معك، ولو قال لأجنبي: زنيت وهذا معك فهو قاذف جميعا؛ لأن مع للمقارنة في الفعل.

عن أبي يوسف: رجل قال لآخر: يا ابن الزانية، ثم قال: وهذا معك بكلام واحد، قال: هو ليس بقاذف للثاني؛ لأنه لم يكن قذفه بقذف الأول وإنما قذف أمه، ولو قال لرجل: يا زاني وإلا أقيم عليك الحد وهذا معك كان قاذفا لهما، ألا ترى أنه لو قال: لفلان عليّ ألف درهم وهذا معه يكون إقرارًا. لهما: فعل الإمام الأعظم ما يوجب الحد لا يحد ويجب القصاص ويضمن حقوق العباد؛ لأنه لا فائدة في الوجوب؛ لأن إقامة الحدود مفوضة إلى الإمام ولا يكلف هو بإقامة الحد على نفسه وليس لغيره عليه ولاية فلم يكن الإيجاب مقيدًا. فأما ولاية استيفاء القصاص وضمان الأموال ثابتة للعباد ولكنه يفتقر إلى المنعة ولكل مسلم منعة المسلمين فملك استيفاءه وكان في الوجوب فائدة.

(باب القذف بنفي النسب)

(المبسوط): ولو قال: لست بابن فلان، أو هو ليس بأبيك، فهو قاذف لأمه إن كانت محصنة يحد القاذف؛ لأنه لما نفى نسبه من أبيه فقد نسبه إلى الزنا؛ لأن الولد إذا لم يكن ثابت النسب يكون ولد الزنا فصار كأنه قال: إنك ولد الزنا.

ولو قال: يا ابن الزانية، أو يا ابن الزاني، يكون قذفا فكذا هذا.

ولو قال: لست لأبيك فهذا قذف؛ لأن هذا لا يذكر إلا لنفي النسب.

ولو قال: لست لفلان ولا لفلانة، يعني أبويه، أو قال: لست لأبويه لم يحد؛ لأنه نفى عن أمه وإنما ينتفي عن أمه إذا لم تلد أمه وكان هذا نفيا للولادة ونفي الولادة نفي الوطء وفي نفي الوطء نفي الزنا فلم يكن قاذفا بخلاف ما لو نفاه عن أبيه ولم ينف عن أمه؛ لأن النفي عن أبيه نفي نسبه عنه فكأنه قال: أنت ولد الزنا وولادة الولد ثابتة من أمه فتصير كأنه قال ولدته عن الزنا فصار قاذفا لأمه.

ولو قال: أنت ابن فلان لغير أبيه على وجه السباب في حالة الغضب حد

استحسانًا وفي غير الغضب لا يحد؛ لأن هذا الكلام في حالة الرضا يذكر للتشبيه بفلان من حيث السيرة والسريرة والأخلاق والطبيعة كما يقال فلان ابن السماء وهذا على سبيل المدح بالصفوة وفي حالة الغضب يذكر للتعيير والتشيين بنفي النسب عن أبيه.

ورُوي عن أبي يوسف: لو قال: ليس هذا أباك في حالة الرضا ليس بقذف وفي حالة الغضب قذف لما بينا، ولو قال: أنت ابن فلان وعنى جده أو عمه أو خاله أو زوج أمه لا يحد؛ لأن هؤلاء يسمون أبا عرفا مجازًا؛ لأن الله تعالى سمى العم أبا لقوله تعالى: ﴿نَعْبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِـۧمَ وَإِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ﴾ [البقرة: ١٣٣] وإسماعيل كان عمًّا ليعقوب وكذا الحال يسمى أبًا لقوله تعالى في قصة يوسف صلوات الله عليه: ﴿ءَاوَىٰٓ إِلَيْهِ أَبَوَيْهِ﴾ [يوسف: ٩٩] جاء في التفسير أن المراد منه يعقوب وخالة يوسف، فإذا سميت الخالة أمًّا جاز أن يسمى الخال أبًا لاستوائهما في الدرجة وكذا زوج أمه يسمى أبا عرفا، فإنه يقال في العرف هذا ولد فلان لزوج أمه ولقيامه بتربيته وحضانته، ولو نفاه عن قبيلته لا يحد، ولو قال يا ابن ماء السماء أو يا ابن جبلًا لا يحد؛ لأن هذا الكلام يذكر للمدح والتعظيم لا لنفي النسب.

سئل من أبوه فقال فلان لغير أبيه لا يحد؛ لأنه لم يذكر له أبًا ليكون نفيًا لنسبه عنه ويحد القاذف بقذف أصوله وقت دون فروعه ويحد بقذف أخيه وسائر أقاربه؛ لأن حد القذف شبه القصاص من حيث إن للمقذوف فيه نوع حق. قذف امرأة ميتة فصدقه بعض الورثة يحد للباقين؛ لأن بالتصديق خرج من كونه نسبًا في حقه فنفى نسبًا في حق الباقين؛ لأن قذف الأم تناول الكل؛ لأن العار والشين يلحق الكل وكان بمنزلة ما لو قذف الكل فصدقه البعض دون البعض يحد لمن لم يصدقه. قذف ولد ملاعنة أو ولد زنا حد؛ لأنه قذف محصنا؛ لأن الزنا وجد من أمها لا من الولد، ولو قذف أمه لا يحد لأنها ليست محصنة ولو لاعن القاضي بينهما من غير نفي الولد، فإنه يحد قاذفها؛ لأنه ليس هنا دليل يدل على زناها سوى لعان الزوج وقد اندفع لعان الزوج بشهادتهما والله أعلم.

(باب الكتابة في القذف أو الإضافة إلى غير حالة الإحصان)

(المبسوط): ولو قال لعبده: يا زاني، فقال العبد: بل أنت، حد العبد دون المولى؛ لأن العبد يحد للمولى لا المولى ولأن المولى محصن والعبد لا.

ولو قال لآخر: يا زاني، فقال العبد: لا بل أنت، يحد العبد للحر ويعزر الحر للعبد؛ لأن الحر محصن وقذف المحصن يوجب الحد والعبد غير محصن فقذفه لا يوجب الحد ويعزر؛ لأنه قذفه بكبيرة.

ولو قال لامرأته: زنيت وأنت كافرة وكانت كافرة وهي مسلمة للحال لاعنها؛ لأنه أنشأ القذف وهي محصنة فيكون قذفا، ولو قال ذلك لأجنبية حد؛ لأنه قذفها للحال بالزنا؛ لأنه أنشأ القذف بما هو زنا والمقذوفة محصنة حالة الإنشاء.

ولو قال: قذفتك بالزنا وأنت كافرة أو أمة عزر ولم يحد؛ لأنه حكى قذفا متقدما في غير حالة الإحصان وأنه لا يوجب الحد. قذف مستأمن مستأمنا يحد لقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ ٱلۡمُحۡصَنَٰتِ﴾ [النور: ٤] من غير فصل قال: أُخبِرتُ أنك زانٍ، لا يحد لأنه حكى قوله وما قذفه، ولو قال هو كما قلت حد الثاني أيضًا؛ لأن في الأول لم يذكر المقذوف صريحا ولا كناية وإنما ذكر القاذف صورة والمقذوف تعريضا والحد لا يجب بالتعريض وفي الثاني ذكر المقذوف كناية وهو قوله هو فصار قاذفا له.

ولو قال: أشهد أنك زانٍ، فقال آخر: وأيضًا أنا أشهد، يحد الأول دون الثاني.

أنا أشهد محتمل: أنا أشهد بما شهدت، ويحتمل: أنا أشهد بغير ما شهدت بحق آخر من الحقوق فلا تجعل شهادة بالزنا بالشك.

ولو قال: زنيت وفلان معك صار قاذفا لهما، وكذلك لو قال: يا زاني، فقال: آخر بل أنت؛ لأن قوله معك، وبل أنت، كلام ناقص لا يفيد معنى فيجعل خبر الأول خبرًا له لئلا يلغو فصار كأنه قال: معك زنيت لأنك زنيت، كما لو قال هذا حر وهذا يعتق الثاني أيضًا.

ولو قال لآخر: لست بزانٍ على سبيل التعريض وهو أن يريد أنك زانٍ لا يحد.

وقال مالك: يحد وإن لم ينو.

وقال الشافعي: إن نوى الزنا يحد وإلا فلا.

والصحيح قولنا[1]؛ لما رُوي أن رجلًا جاء إلى النبي عليه السلام وقال: إن امرأتي لا ترد يد لامس[2]، فقال عليه السلام: "طلقها، فقال: أحبها، فقال:

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٩٥/٣، والاختيار ١٢١/٣، والمهذب ٧٩/٢، والمغني ٩٧/٧.

(٢) قَالَ الْحَافِظ فِي التَّلْخِيص: اخْتَلَفَ الْعُلَمَاء فِي مَعْنَى قَوْله "لَا تَرُدّ يَد لَامِس"، فَقِيلَ: مَعْنَاهُ الْفُجُور، وَأَنَّهَا لَا تَمْتَنِع مِمَّنْ يَطْلُب مِنْهَا الْفَاحِشَة، وَبِهَذَا قَالَ أَبُو عُبَيْد وَالْخَلَّال وَالنَّسَائِيُّ وَابْن الْأَعْرَابِيّ وَالْخَطَّابِيّ وَالْغَزَالِيّ وَالنَّوَوِيّ، وَهُوَ مُقْتَضَى اسْتِدْلَال الرَّافِعِيّ بِهِ هُنَا.

وَقِيلَ: مَعْنَاهُ التَّبْذِير وَأَنَّهَا لَا تَمْنَع أَحَدًا طَلَبَ مِنْهَا شَيْئًا مِنْ مَال زَوْجهَا، وَبِهَذَا قَالَ أَحْمَد وَالْأَصْمَعِيّ وَمُحَمَّد بْن نَاصِر وَنَقَلَهُ عَنْ عُلَمَاء الْإِسْلَام، وَابْن الْجَوْزِيّ، وَأَنْكَرَ عَلَى مَنْ ذَهَبَ إِلَى الْقَوْل الْأَوَّل، وَقَالَ بَعْض حُذَّاق الْمُتَأَخِّرِينَ: قَوْله صلى الله عليه وسلم لَهُ "أَمْسِكْهَا" مَعْنَاهُ أَمْسِكْهَا عَن الزِّنَا أَوْ عَن التَّبْذِير، إِمَّا بِمُرَاقَبَتِهَا أَوْ بِالِاحْتِفَاظِ عَلَى الْمَال أَوْ بِكَثْرَةِ جِمَاعهَا، وَرَجَّحَ الْقَاضِي أَبُو الطَّيِّب الْأَوَّل، لِأَنَّ السَّخَاء مَنْدُوب إِلَيْهِ فَلَا يَكُون مُوجِبًا لِقَوْلِهِ طَلِّقْهَا، وَلِأَنَّ التَّبْذِير إِنْ كَانَ مِنْ مَالهَا فَلَهَا التَّصَرُّف فِيهِ وَإِنْ كَانَ مِنْ مَاله فَعَلَيْهِ حِفْظه وَلَا يُوجِب شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ الْأَمْر بِطَلَاقِهَا قِيلَ: وَالظَّاهِر أَنَّ قَوْله (لَا تَرُدّ يَد لَامِس) أَنَّهَا لَا تَمْتَنِع مِمَّنْ يَمُدّ يَده لِيَتَلَذَّذ بِلَمْسِهَا وَلَوْ كَانَ كَنَّى بِهِ عَن الْجِمَاع لَعُدَّ قَاذِفًا أَوْ أَنَّ زَوْجهَا فَهِمَ مِنْ حَالهَا أَنَّهَا لَا تَمْتَنِع مِمَّنْ أَرَادَ مِنْهَا الْفَاحِشَة لَا أَنَّ ذَلِكَ وَقَعَ مِنْهَا، انْتَهَى كَلَام الْحَافِظ.

وَقَالَ الْعَلَّامَة مُحَمَّد بْن إِسْمَاعِيل الْأَمِير فِي سُبُل السَّلَام بَعْدَمَا ذَكَرَ الْوَجْهَيْنِ فِي قَوْله (لَا تَمْنَع يَد لَامِس): الْوَجْه الْأَوَّل فِي غَايَة مِن الْبُعْد، بَلْ لَا يَصِحّ لِلْآيَةِ، وَلِأَنَّهُ صلى الله عليه وسلم لَا يَأْمُر الرَّجُل أَنْ يَكُون دَيُّوثًا، فَحَمْله عَلَى هَذَا لَا يَصِحّ. وَالثَّانِي بَعِيد، لِأَنَّ التَّبْذِير إِنْ كَانَ بِمَالِهَا فَمَنْعهَا مُمْكِن، وَإِنْ كَانَ مِنْ مَال الزَّوْج فَكَذَلِكَ، وَلَا يُوجِب أَمْره بِطَلَاقِهَا عَلَى أَنَّهُ لَمْ يُتَعَارَف فِي اللُّغَة أَنْ يُقَال فُلَان لَا يَرُدّ يَد لَامِس كِنَايَة عَن الْجُود، فَالْأَقْرَب الْمُرَاد أَنَّهَا سَهْلَة الْأَخْلَاق لَيْسَ فِيهَا نُفُور وَحِشْمَة عَن الْأَجَانِب، لَا أَنَّهَا تَأْتِي الْفَاحِشَة، وَكَثِير مِن النِّسَاء وَالرِّجَال بِهَذِهِ الْمَثَابَة مَعَ الْبُعْد مِن الْفَاحِشَة، وَلَوْ أَرَادَ أَنَّهَا لَا تَمْنَع نَفْسهَا عَن الْوِقَاع مِن الْأَجَانِب لَكَانَ قَاذِفًا لَهَا، انْتَهَى.

قُلْت: الْإِرَادَة بِقَوْلِهِ لَا تَمْنَع يَد لَامِس أَنَّهَا سَهْلَة الْأَخْلَاق لَيْسَ فِيهَا نُفُور وَحِشْمَة عَن الْأَجَانِب غَيْر ظَاهِر، وَالظَّاهِر عِنْدِي مَا ذَكَرَهُ الْحَافِظ بِقَوْلِهِ: "قِيلَ: وَالظَّاهِر إِلَخْ.." وَاللهُ تَعَالَى أَعْلَم. عون المعبود (ج٤/ ص٤٣٤).

أمسكها"[(١)] ولم يحده.

وقوله: لا ترد يد لامس يذكر هذا نص بالزنا؛ ولأن التعريض كما يحتمل القذف مجازًا يحتمل نفي الزنا حقيقة، فإن حقيقته للنفي ولا يسقط اعتبارًا حقيقته بمجرد النية للتعريض فوقع الشك في كونه قذفًا ولا يكون قذفا بالشك، وقول الشافعي مخالف لإجماع السلف، فإنه قال بعضهم: يحد وإن لم ينو، وقال بعضهم: لا يجب الحد نوى أو لم ينو ولم يقل أحد إذا نوى يحد وكل قول مخالف للإجماع يكون باطلًا.

(باب ما يكون شبهة في إسقاط الإحصان عن المقذوف والحد عن القاذف)

(المبسوط): قد مر أن العفة عن الزنا شرط لثبوت إحصان المقذوف والوطء الحرام على ضربين، وطء في الملك فالوطء في الملك كوطء امرأته الحائض أو أمته المجوسية أو المشتراة شراءً فاسدًا أو مكاتبته لم يسقط إحصانه ويحد قاذفه؛ لأن الوطء في نفسه حلال؛ لأنه صادف ملكه والحرمة لمعنى اتصل به وهو حرمة استعمال الأذى ونحوه فنهى عن الوطء لغيره.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه لا يحد في المكاتبة؛ لأن منفعتها زائلة عن ملكه بدليل وجوب العقر لها خارجًا عن ملكه وجه ظاهر الرواية أن المكاتبة مملوكة من كل وجه بدليل أنه يصح إعتاقها عن كفارة اليمين وحل الوطء يبنى عن ملك الذات

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٤/١٨٣ (١٦٦٠٥) قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا حماد بن سلمة، عن عبد الكريم. و«النسائي» ٦/٦٧، وفي «الكبرى» (٥٣٢١) قال: أخبرنا محمد بن إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا يزيد، قال: حدثنا حماد بن سلمة، وغيره، عن عبد الكريم. وفي ٦/١٧٠، وفي «الكبرى» (٥٣٢٠ و٥٦٣٠) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: حدثنا النضر بن شميل، قال: حدثنا حماد بن سلمة، قال: أنبأنا هارون بن رئاب.

كلاهما: (عبد الكريم بن أبي المخارق أبو أمية، وهارون بن رئاب) عن عبد الله بن عبيد بن عمير، فذكره.

إلا أنه منع عن الوطء لقيام حقها في البدء والمنفعة وكانت من قبيل حرمة المجوسية ووجوب العقر لها كان لكونها أحق بنفسها ومنافعها يدا لا ملكا كالرهن مضمون على الراهن بالإتلاف، وإن كانت ملكا له لزوال يده وثبوت يد المرتهن. اشترى أختين فوطئهما حد قاذفه؛ لأن ملك المنفعة قائم وحل له وطء أيتهما شاء، وإن حرم الجمع بينهما وطئًا لعارض مع قيام ملك المتعة ويمكنه إزالتها بتزويج إحداهما آخر فصارت كالأمة المجوسية. وطئ أمة وطئها أبوه أو وطئ هو أمها لا يحد قاذفه؛ لأنه وطئ محرم على التأبيد كالزنا.

ولو نظر إلى فرج امرأة بشهوة ثم اشترى محرمها أو تزوجها ووطئها لا يسقط إحصانه عند أبي حنيفة، وعندهما يسقط.

لهما: أن حرمة المصاهرة بالمس عن شهوة ثابتة على التأبيد فلا تبقى المرأة محلا لملك المتعة وهذا وطء حرم لعدم ملك المتعة فسقط به الإحصان كما لو وطئ المبانة في العدة. له: أن هذه الحرمة تثبت بدليل محتمل لا يوجب العلم وهو الخبر الواحد والاجتهاد المحتمل للخطإ فيكون حرمة المصاهرة بالمس ثابتة في حق العمل لا في حق العلم، ولأن العلماء اختلفوا في جواز هذا العقد وفساده وفي الحرمة بالمس وحله فيكون العقد منعقدا والحل ثابتا على سبيل الشبهة وسقوط الإحصان متعلق بحرمة الوطء المؤبدة القطعية ولم يوجد بخلاف حرمة المصاهرة بالوطء لأنها ثابتة بدلائل مقطوعة توجب العمل والعلم وهو الكتاب وإجماع الصحابة.

وأما الوطء في غير الملك كالوطء في النكاح الفاسد وكوطء جارة مشتركة أو وطئ محارمه بنكاح أو تزوج أمة وحرة في عقده فوطئهما أو امرأة وعمتها سقط إحصانه ولا يحد قاذفه؛ لأن فساد العقد وعدم الملك ثابت بالإجماع فيكون الوطء زنا من وجه فيوجب سقوط الإحصان والحد. المجوسي إذا تزوج أمة قد حل بها ثم أسلم يحد قاذفه عند أبي حنيفة وعندهما: لا يحد بناء على أن هذا النكاح صحيح عنده، وعندهما فاسد وقد مرت في النكاح. وطئ امرأة مكرهة لا يحد قاذفه؛ لأنه حرام؛ لأنه عري عن ملك المتعة وكان زنا حقيقة إلا أنه لم يجب الحد عليها للشبهة.

ولو تزوج منكوحة الغير أو معتدته أو ذات محرم منه سقط إحصانه علم أو لم يعلم عند أبي حنيفة وعندهما لا يسقط، وأجمعوا أنه لو تزوج امرأة بغير شهود يحد لما عرف. زنا في حال كفره أو في دار الحرب أو الإسلام ثم أسلم فقذفه الإنسان لا يحد قاذفه؛ لأن هذا الفعل زنا لخلوه عن ملك المتعة والزنا حرام في الأديان كلها فسقط به إحصانه. مجنون زنا بامرأة مطاوعة أو مكرهة لا يحد قاذفها؛ لأن هذا الوطء عري عن ملك المتعة فيكون زنا حقيقة إن لم يكن زنا شرعا في حق وجوب الحد والزنا حقيقة كافٍ لسقوط الإحصان؛ لأنه مذهب للعفة ويحد الذمي بقذف المسلم؛ لأنه قذف محصنًا.

ولو اشترى جارية فوطئها ثم استحقت يحد قاذفه عندهما؛ لأنه وطئها بعد انعقاد سبب الملك وهو البيع حتى لو أجاز المالك البيع ينفذ ويصير ملكا له فقيام السبب أورث شبهة الملك.

وقال أبو يوسف: لا يحد قاذفه؛ لأنه لا ملك له فيها للحال فيكون وطؤه زنا. أربعة شهدوا على رجل بالزنا بامرأة غائبة فرجم الزاني ثم إن رجلًا قذف تلك المرأة فخاصمته إلى القاضي فجاء الرجل بشاهدين على قضاء الأول درئ الحد عنه؛ لأنه بين أنها لم تكن محصنة.

(باب من له المطالبة بالحد)

(المبسوط): والخصومة للمقذوف حاضرًا كان أو غائبًا؛ لأن الشين يلحقه فوجب الحد لصون عرضه وحفظ جاهه وماء وجهه.

ولو قذف ميتًا يجب الحد والخصومة للوالد والولد وإن سفل وعلا؛ لأن وجوبه لإزالة العار والشنار عن الحي لأنهم يلحقهم الشين والعار في نسبهم والميت ينسب إليه بالولادة والجزئية والبعضية بخلاف من ليس له قرابة الولاد ليس له حق الخصومة؛ لأن القذف لم يتناولهم باعتبار النسب.

ولو كانوا كفارا أو عبيدا والمقذوف حر مسلم حد لهم خلافًا لزفر؛ لأن الحد يجب للمقذوف تناوله مقصودًا؛ لأنه يلحقه الشين في نسبه ثم يتعدى الولد تبعا

بحكم الجزئية والبعضية وقد ثبت تبعًا للشيء، وإن كان لا يثبت مقصودًا ولد البنات لهم استيفاء الحد خلافًا لمحمد. له: أن ولد البنت لا ينسب إليه وإنما ينسب إلى زوجها قال الشاعر(١): [الطويل]

بَنُونَا بَنُو أَبْنَائِنَا وَبَنَاتُنَا ... بَنُوهُنَّ أَبْنَاءُ الرِّجَالِ الأَبَاعِدِ

ولهذا انتفت العصوبة والولاية بينهما.

لهما: أن النسبة متحققة ومعنى الولادة والجزئية والبعضية موجود بواسطة البنت ليلحقه الشين في النسبة كابن الابن ويستوي فيه الأبعد والأقرب والوارث وغيره حتى يكون لابن الابن أن يطالب بقذف جد الميت، وإن كان الابن حيًّا، وقال زفر: ليس الأبعد أحق مع وجود الأقرب؛ لأن الشين بقذف الميت يزداد في حق الأقرب بزيادة القرب منه.

لنا: أن الاستحقاق ليس بطريق الوراثة ليتعين الأقرب بكونه وارثا بل الاستحقاق بطريق أن القذف تناوله معنًى لما يلحقه من الشين والعار والشنار في نسبه إلى الميت والكل في ذلك سواء المقذوف غائب لا يطلب ولده؛ لأن الأصل ما دام قادرًا على استيفاء الحق لا يثبت حق المطالبة لخلفه؛ ولأن الأصل يمكنه أن

---

(١) البيت من الطويل ولم ينسبه العيني والفاسي والأزهري وهو لعبد الرحمن بن الحكم، وسبب إنشاده مع أبيات أخر أن المغيرة بن شعبة خطب منه ابنته، ابن أخيه وابن أخته فقال كلاكما أقرب القرابة فلا أدري أيكما أزوجها منه، ولكني أكتب إلى عبد الرحمن بن الحكم مفوضًا الأمر إليه، فقدما عليه بالكتاب فأمره أن يزوجها لابن أخيه، وبنونا خبر مقدم، وبنو أبنائنا مبتدأ مؤخر، وبناتنا مبتدأ أول، وبنوهن مبتدأ ثان، وأبناء خبر عن الثاني، والثاني وخبره خبر عن الأول، والشاهد في تقديم الخبر على المبتدإ مع كونهما معرفتين والقرينة موجودة، وقيل لا شاهد بل بنونا مبتدأ، وبنو أبنائنا خبر، ولا تقديم ولا تأخير بل جاء على عكس التشبيه مبالغة.

انظر: الإنصاف في مسائل الخلاف للأنباري (٦٦/١)، والمساعد لابن عقيل (٢٢١/١)، وشرح التصريح (١٧٣/١)، وشرح شواهد المغني (٨٤٨/٢)، ومغني اللبيب لابن هشام (٤٥٢/٢)، وهمع الهوامع للسيوطي (١٠٢/١)، وابن يعيش (٩٩/١)، (١٣٢/٩)، والمعجم المفصل في شواهد العربية (٤٠٥/٢) ونسبه للفرزدق ولم أعثر عليه في ديوانه تحقيق: علي فاعور.

يصدقه فيمكن الرجوع إليه المقذوف حاضرًا فضرب بعض الحد ثم غاب لم يتمم إلا وهو حاضر؛ لأن غيبة المقذوف تمنع استيفاء البعض كما لو مات بعدما ضرب بعض الحد. قذف ميتا وبعض أولاده غائب حد بطلب الحاضر، وإن كان عبدًا أو كافرًا والغائب مسلم حر؛ لأن القذف تناول الميت مقصودًا ثم يتعدى إلى أولاده تبعا لسبب الولاد والميت كان محصنا. رجل قذف أم عبد أو أم نصراني وقد كانت مسلمة فللابن أن يأخذه بحدها، وقال زفر: لا يجب الحد؛ لأن الحد لو وجب للأم لا يورث عنها ولا يجوز أن يجب له ابتداء؛ لأن قذفه بزنا أمه لا يرتد على قذفه بزناه وذلك لا يوجب الحد وهذا أولى.

لنا: أن قذف الأم قذف محصنة والقذف يتناول الميت مقصودًا ثم يتعدى إلى أولاده تبعا له؛ لأن عارها وشنارها يتعدى إلى ولدها فيتعدى بوصفه ومن وصفه أنه كامل في موضعه وحد القذف لا يورث ولا يصح عفو المقذوف ولا الاعتياض عنه إلا أن يقول لم يقذفني أو كذب شهودي وإذا اجتمعت تداخلت.

وقال الشافعي: يورث ويصح العفو ولا يتداخل وهذا بناء على أن المغلب فيه حق العبد عنده وعندنا المغلّب فيه حق الله تعالى؛ لأنه وجب بسبب إشاعة الفاحشة وإنشائها لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يُحِبُّونَ أَن تَشِيعَ ٱلْفَٰحِشَةُ فِى ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟﴾ [النور: ١٩] والمراد به الحد فقد حرم القذف لما فيه من إشاعة الفاحشة وإشاعة الفاحشة حرام حقًّا لله تعالى فكذلك إشاعته إلا أن إشاعة الفاحشة تضمنت هتك حرمة عرض المقذوف وإذهاب عفافه وفي العرض حق الله تعالى من حيث الاستعباد والاستوثاق وحق العبد من حيث الاسترقاق فصار المهتوك بالقذف ثلاث حرمات: حرمة الإشاعة وحرمة هتك العرض حقا لله تعالى وحرمة هتك العرض حقا للعبد وكان حق الله تعالى ضعف حق العبد فباعتبار حق العبد تُشْتَرط الخصومة ودعواه وباعتبار أن المغلب فيه حق الله تعالى لم يورث ولم يصح عفوه وجرى فيه التداخل.

(باب الشهادة في القذف)

(المبسوط): شهد أحدهما على قذفه إياه يوم الخميس والآخر يوم الجمعة حد

القاذف عند أبي حنيفة خلافًا لهما، لهما: أن اختلاف الشهود ثابت حقيقة، وإن التعدد والتكرر ثابت حقيقة واختلاف المشهود به يمنع قبول الشهادة، كما لو شهد أحدهما بإنشاء القذف والآخر بالإقرار به، له: أن القذف كلام والكلام مما يعاد ويكرر فيكون المقول ثانيًا هو المحكي أولا فلا يعد هذا اختلاف؛ لأن كل واحد منهما إذا سمع قذفه في وقت أو مكان جاز له أن يطلق أداء الشهادة بالقذف من غير بيان المكان والقذف فصار كما لو شهدا بالبيع. واختلفا في الوقت أو المكان بخلاف إنشاء القذف والإقرار به لأنهما مختلفان فلا يمكن أن يجعل أحدهما إعادة للأول. اختلف شاهدا القذف في اللغة بأن شهد أحدهما بالعربية والآخر بالفارسية لا تقبل؛ لأنه لا يثبت كل لفظ بشاهدين. شهدوا على رجل أن مولاه أعتقه وأنه زنى وهو محصن فرجم ثم رجعوا عن شهادتهم بالزنا والعتق يضمنون القيمة للمولى بإبطال الرق والملك والدية للورثة؛ لأن الحكم بالعتق لا يفسخ وقد رجعوا عن شهادتهم بالزنا بعد الرجم فيغرمون الدية ويضربون الحد لاعترافهم بالقذف وخصومة المقذوف ومطالبته عند القاضي شرط لظهور حد القذف بالبينة أو بالإقرار؛ لأن فيه حق العبد وحق العبد لا يثبت إلا بمطالبته ثم الاستيفاء إلى الإمام؛ لأن المغلب فيه حق الله تعالى وإذا أقام البينة على القذف أو أقر القاذف فالقاضي يقول للقاذف أقم البينة على صدق مقالتك، فإن أقام أربعة من الشهود على معاينة الزنا أو على إقرار المقذوف بالزنا يحد المقذوف على الزنا ولا يحد القاذف؛ لأنه ظهر أنه صادق في مقالته، وإن عجز عن إقامة البينة أقام عليه حد القذف لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً﴾ [النور: ٤] أمر بالجلد بعد العجز عن إقامة البينة، فإن ضرب بعض الحد ثم أقام القاذف البينة على صدقه قبلت بينته وبطل الحد الباقي.

ورُوي عن محمد: فإن شهدوا بعد إقامة الحد على صدق مقالته تقبل ويظهر في حق الشهادة حتى لا ترد شهادة المحدود في القذف.

ولو شهد أربعة فساق على الزنا أو على إقرار المقذوف بأن لا يحد المقذوف؛ لأن شهوده فسقة ولا قاذفة؛ لأن شهادة الفاسق حجة في الجملة فأورث شبهة الزنا فتمكنت الشبهة في حد القذف ولا يحد مع الشبهة.

وقال أبو يوسف: يحد القاذف ولا يحد الشهود؛ لأن الحد وجب على القاذف بالقذف ولا يسقط عنه إلا ببينة عادلة. أقام رجلين أو رجل وامرأتين على إقرار المقذوف بالزنا لم يحد القاذف؛ لأن في الأول الشهادة قامت على الإقرار بالزنا لا على الزنا والإقرار بالزنا لا يكون زنا فتثبت شهادة هؤلاء إلا أنه لا يجب الحد على المقذوف بجحوده الزنا بعد ثبوت إقراره، وفي الثانية الشهادة قامت على الزنا والزنا لا يثبت إلا بشهادة الأربع، فإن صدقه المقذوف لا يحد لفقد الدعوى منه ولأنه إذا صدقه لم يلحقه شين في ذلك فسقط حق العبد فبطلت دعواه.

ولو قال الرجل: يا ابن الزانية، ثم ادعى القاذف أن أمر المقذوف أمة أو نصرانية والمقذوف يقول هي حرة مسلمة فالقول قول القاذف وعلى المقذوف البينة؛ لأن القاذف منكر الحد والحرية والإسلام الثابت بظاهر الحال لا يصلح حجة للإثبات على الغير؛ لأنه متمسك باستصحاب الحال وأنه لا يصلح حجة للإثبات.

وكذلك لو قذفه في نفسه ثم ادعى القاذف أن المقذوف عبد، فالقول قول القاذف، وعلى المقذوف البينة ولا يكتفي بحرية الأصل ثم قال: الناس أحرار في كل شيء إلا في أربعة: في الشهادة والعقل والقصاص والحدود حتى لا تثبت الحرية في هذه الأشياء إلا ببينة متى أنكر الخصم الحرية إذا كان مجهول النسب، وإن كان معروف النسب من أبوين حرين لا يحتاج إلى إثبات الحرية بالبينة؛ لأن الحرية ثابتة بدليلها وهو كونه ثابت النسب من حرين وفي مجهول النسب الحرية ثابتة بظاهر الحال لا بدليل موجب الحرية والثابت باستصحاب الحال لا يصلح حجة للاستحقاق على الغير.

(باب التعزير)

(المبسوط): تحتاج إلى معرفة: ما يوجب التعزير، وكيفيته، ومقداره، وحكمه.

أما ما يوجبه: أصله: أن من قذفه بكبيرة وجناية غير موجبة للحد يعزر فيه لإجماع الصحابة، ولأنه بالقذف والنسبة إلى الجناية ألحق الشين والأذى به فيجب التعزير لينزجر عن ذلك ويعتبر غيره به.

ولو قال: يا كافر يا فاسق يا فاجر يا خبيث يا ابن الفاجرة يا يهودي يا مخنث ونحو ذلك يعزر له؛ لأنه قذفه بمعصية غير موجبة للحد ولأنه ألحق نوع شين به.

ولو قال له: يا حمار يا خنزير يا ثور يا كلب لا يعزر؛ لأنه لم يقذفه بمعصية وإنما شبهه بهذه الأشياء إما لسوء خلقه أو لقبح خلقه وسوء الخلق وقبح الخلق لا يكون بما هو معصية لا محالة، ولأن كل أحد يعلم أنه كاذب بل ألحق الشين بنفسه حيث كذب.

ولو قال: يا شارب الخمر يا خائن يعزر؛ لأن كذبه ليس بظاهر وألحق الشين والأذى به.

ولو قال: يا ابن الحجَّام أو الأقطع لا يعزر؛ لأن معناه أبوك حجام.

واطئ البهيمة يعزر ولا يحد؛ لأنه ليس بزنا ثم كيف يصنع بالدابة؟

ذكر ابن سماعة عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله: أن كل ما لا يؤكل لحمه يذبح ثم يحرق بالنار؛ لما روى أبو يوسف حديثًا عن عمر رضي الله عنه: أنه أُتي برجل قد وقع على بهيمة فعزره وأمر بالبهيمة فذُبحت وأُحرقت، ولا يحرق بالنار قبل الذبح؛ لأن فيه تعذيب الحيوان بلا فائدة.

وإن كان مما يؤكل لحمه يذبح ويؤكل ولا يحرق عند أبي حنيفة.

وقال أبو يوسف: يحرق بالنار كالتي لا يؤكل لحمها هذا إذا كانت البهيمة لفاعل ذلك، وإن كانت لغيره يطالب صاحبها أن يدفعها إليه بقيمتها ثم يذبحها وهذا يعرف سماعًا لا قياسًا.

ولو أتى امرأته في غير المأتى لا يحد عند أبي حنيفة وعندهما يحد؛ لأن هذا الفعل زنا معنى؛ لأن الزنا اسم لفعل هو قضاء الشهوة لقصد سفح الماء لا لطلب الولد في محل محترم وقد وجد له أن الزنا اسم لإيلاج الفرج في محل مشتهى يسمى قبلا لا دبرا لما بينا ولم يوجد فلا يجب به حد الزنا، وأما كيفيته ومقداره فأقل التعزير ثلاث جلدات ولا يبلغ أربعين سوطا عندهما.

وقال أبو يوسف: في العبد ينقص من أربعين خمسة وفي الحر لا يبلغ ثمانين في رواية عنه: يضرب إلى خمسة وسبعين، وفي رواية: إلى تسعة وسبعين، وأصله:

قوله عليه السلام: "مَنْ بَلَغَ حَدًّا فِي غَيْرِ حَدٍّ فَهُوَ مِنَ الْمُعْتَدِينَ"(١) ولا يجوز تبليغ غير الحد حدا بالإجماع، إلا أن أبا يوسف حمله على حد الأحرار؛ لأنه أقل الحد الكامل، وإن حد العبيد كامل؛ لأن الحد لا يقبل التجزيء فكان كاملًا في نفسه لكن إذا قوبل بحد الحر يكون نصفه وهذا لا يوجب أن يكون ناقصًا في ذاته والحبس يصلح أن يكون تعزيرا؛ لأنه يصلح زاجرا وللمولى أن يعزر عبده وامرأته عند إساءة الأدب والحاجة إليه ويعزر امرأته على أربعة خصال على ترك الزينة لزوجها وهو يريدها، وعلى ترك الإجابة إذا دعاها إلى فراش لأنهما يحلّان بمقصود النكاح، وعلى ترك الغسل من الجنابة، وعلى الخروج من المنزل لأنهما معصية وذلك لقوله تعالى: ﴿وَٱضْرِبُوهُنَّ﴾ [النساء: ٣٤](٢).

(المنتقى): رجل شتم رجلًا فقال محمد: إن كان ذا مروءة وهي العدل في دينه وعظه القاضي ونصحه، وإن لم يكن حبسه، وإن كان شتَّامًا ضرب وحبس، ولا يحبس له حتى يسأل عن الشهود؛ لأن التعزير من حبس حقوق العباد وإنه شرع للتهذيب والتأديب، ولهذا كان مشروعًا في حق الصبيان ويقبل فيه شهادة رجل وامرأتين والشهادة على الشهادة ويصح العفو عنه؛ لأنه من حقوق العباد.

ابن سماعة عن أبي يوسف: قاضي رأى التعزير مائة فعزر رجلًا مائة فمات قال: لا أضمنه؛ لأنه قد ورد أن أكثر ما عزروه مائة، فإن زاد على مائة فمات فنصف الدية في بيت المال؛ لأن ما زاد على مائة فغير مأذون فيه فحصل القتل بفعل مأذون فيه وبفعل غير مأذون فيضمن نصف الدية. رجل زنا بامرأة ميتة يعزر ولا يحد؛ لما رُوي أن بهلول النباش فعل ذلك على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يقم

---

(١) أخرجه البيهقي (٣٢٧/٨، رقم ١٧٣٦٢) وقال: المحفوظ هذا الحديث مرسل.

(٢) انظر: السرخسي ٣٦/٢٤، والسندي ٥٩٩/٧ - ٦٠٠، ٦٠١، ٦٠٢، والجوهرة ٢٥٣/٢، واللباب لميداني ٦٥/٣، وفتح القدير ١١٥/٥ - ١١٦، والزيلعي والشلبي ٢١٠/٣، والأستروشني ص١٦، وتبصرة الحكام ٢٠٠/٢ - ٢٠٤، ونهاية المحتاج ١٧٥/٧، والمهذب ٢٢٨/٢، وكشاف القناع ٧٣/٤ - ٧٤، والسياسة الشرعية ص٤٧، ٤٨، ٥٣، ٥٤، ٥٥، ٥٦، والحسبة ص٣٩، والطرق الحكمية ص١٠٦، والمغني ٣٤٧/١٠ - ٣٤٨.

عليه الحد، ونزل فيه قوله تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ إِذَا فَعَلُوا۟ فَٰحِشَةً ﴾ [آل عمران: ١٣٥] قبل توبته من غير حد.

الزاني إذا حد لا يحبس، والسارق إذا قطع يحبس إلى أن يتوب، والفرق أن الزنا جناية على نفسه، فلو حبس حبس لأجل نفسه، والسرقة جناية على غيره من وجه، فلو حبس حبس لغيره وهذا جائز.

ولو قال: يا فاسق يا فاجر يا مخنث يا لص والمقول له فاسق أو فاجر أو لص لا يعزر ذكره الحسن في المجرد؛ لأنه صادق في إخباره فلا يكون إلحاق الشين به بل الشين كان ملحقا به ويكون خيار التعيين في التعزير للقاضي من واحدة إلى تسع وثلاثين.

ولو قال لرجل: يا معقوح أو يا ابن القحبة عزر؛ لأنه ألحق الشين به؛ لأن هذا الاسم قد يطلق على المتعرضة للزنا وإن لم يفعل الزنا فلم يكن صريحا في القذف.

ولو قال: يا ابن قرطبان يعزر؛ لأنه هو الذي يقحم رجلًا على امرأته وينال منه مالًا.

وقال أبو حنيفة في (**المجرد**): لو قال الرجل بالوطء أو أنت فعلت بالصبيان عزر فيه.

ورُوي عن علي بن جعد عن أبي يوسف: لو قال: يا مؤاجر يا سح يا بغا يا سحاقة يا قواد لم يعزر، وكذلك لو قال: يا قرد يا ولد الحرام يا عيار؛ لأنه هو الذي يتردد بغير عمل، وكذلك لو قال: يا مقامر؛ لأن أبا يوسف قال في رواية: لا بأس باللعب بالشطرنج.

وذكر في واقعات الناطفي: لو قال: يا مسخرة يا ضحكة يا مقامر لا يعزر، وقيل إنه يعزر؛ لأنه ألحق الشين به، ولو قال: يا بليد يا قذر يعزر؛ لأنه قذفه بمعصية ولأنه ألحق الشين به، ولو قال: يا أبله أو يا ناكس أو يا لاش أو يا منتوف لا يعزر؛ لأنه ما قذفه بمعصية وما ألحق الشين به.

قال أبو حنيفة في (**المجرد**) لو قال لرجل: يا شارب الخمر أو يا خائن أو أنك تأوي الزواني أو تأوي اللصوص عزر؛ لأنه ألحق الشين به.

(باب حد شرب الخمر)

(المبسوط): وحد شرب الخمر ثمانون سوطًا لإجماع الصحابة على ذلك والسكر الموجب للحد أن لا يعرف الرجل من المرأة ولا الأرض من السماء عند أبي حنيفة؛ لأن زوال العقل لا يظهر إلا بما قلنا.

وعندهما: أن يختلط في أكثر كلامه؛ لأن ذلك يدل على زوال العقل كما في المجنون.

فما قالاه هو المعتاد وما قاله أبو حنيفة هو الاحتياط؛ لأنه يثبت العفو به فيشترط تمام السكر وذلك فيما لا يعقل مطلقًا قليلًا ولا كثيرًا احتيالا لدرء العقوبة، ولا يحد السكران بإقراره على نفسه؛ لأنه يتوهم أن يقر كاذبا والحدود يحتال لدرئها ما أمكن ولا كذلك في سائر الحقوق، فإنه يؤخذ بإقراره؛ لأن السكران ألحق بالصاحي في جميع الحقوق إلا في الحدود الخالصة بإجماع الصحابة فإنهم اتفقوا إذا قذف إنسانا يقام عليه الحد؛ لأنهم قالوا إذا سكر هذى وإذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون وهذا اتفاق منهم إذا قذف يقام عليه الحد.

(باب الحدود إذا اجتمعت وتجانست تداخلت وإن اختلفت يقام البعض والبواقي بطلت)

(المبسوط): وإذا اجتمعت الحدود وتجانست تداخلت، فإن قذف أو زنى أو شرب غير مرة يكفيه حد واحد؛ لأن احتمال حصول المقصود بالحد وهو الزجر والردع بالمرة الواحدة قائم فكان في البواقي شبهة عدم الفائدة فصارت شبهة في درء الحد وإذا اجتمع حدان وقدر على درء أحدهما درأ لقوله عليه السلام: "**ادرؤوا الحدود بالشبهات بما استطعتم**"(١).

(١) أورده الباغندي في مسند عمر بن عبد العزيز (ص٢٦٦، رقم ٤٨ - طبعة مكتبة دار الدعوة)، وعزاه لأبي مسلم الكجي، وابن السمعاني في ذيل تاريخ بغداد. وأورده السخاوي في المقاصد (ص٣٠، رقم ٤٦) وعزاه لأبي سعد بن السمعاني في الذيل في ترجمة الحسين بن علي بن أحمد الخياط المقرئ. قال العجلوني (٧٣/١): قال السخاوي: قال شيخنا - يعني الحافظ ابن حجر -: وفي سنده من لا يعرف، انتهى.

وإن كانت من أجناس مختلفة بأن اجتمع حد الزنا والسرقة والشرب والقذف والفقء بدأ بالفقء، فإذا برأ حد القذف، فإذا برأ إن شاء بدأ بالقطع، وإن شاء بدأ بحد الزنا وحد الشرب آخرها[1].

وقال الشافعي: يقدم حد الزنا على القطع.

والصحيح قولنا؛ لأن الموالاة تجوز بين الكل لما فيه من خوف التلف والحدود شرعت زاجرة لا متلفة فيقدم ما هو حق العبد على ما هو حق الله تعالى لافتقار العبد واحتياجه ولاستغناء الله تعالى وتقدسه، والفقء خالص حق العبد وحد القذف المعظم فيه حق الله تعالى، وكان تقديم الفقء أولى وللعبد في حق القذف نوع حق ولا حق له في حد السرقة والزنا فكان تقديم حد القذف أولى وحد القطع والزنا استويا في الثبوت؛ لأن كلاهما يثبت بالكتاب فاستويا في كونهما حقا لله تعالى على الخلوص فيتخير الإمام وحد الشرب ثبت بإجماع الصحابة عن اجتهاد فكان في الثبوت والوكادة دون سائر الحدود الثابتة بالكتاب فوجب تأخيره عن الكل.

وإن كان محصنا يبدأ بالفقء ثم بحد القذف ثم بالرجم ويلغي غيرها؛ لأن القتل حق العبد وأنه يأتي على النفس ويؤدي إلى إسقاط بعض الحد وقد أمرنا به، ولو قذف جماعة بالزنا بكلمة واحدة أو بكلام على حدة فعليه حد واحد خلافًا للشافعي؛ لأن حد القذف يجب حقا لله تعالى من جنس واحد اكتفى بالواحد منها.

وإن قذف إنسانا بعدما حُدَّ حُدَّ للثاني؛ لأنه تبين أن الزجر لم يحصل بالأول وكان إيجاب الثاني مفيدا كما لو زنا فحد ثم زنا، ولو ضرب القاذف إلا سوطا ثم قذف آخر ضرب السوط الأخير فقط؛ لأن الحد بعد لم يصر مقاما، فإنه اسم لمجموع جلدات فالبعض منه لا يكون حدا. عبد قذف رجلًا فعتق ثم قذف آخر وأخذه الأول فضرب أربعين ثم أخذه الثاني قال يتم ثمانين سوطا؛ لأن الأربعين وقع لهما يبقى للثاني أربعين.

ولو قذف الحر قبل أن يأخذه الثاني أتم الثمانين ويكون لهما جميعًا ولا يضرب

---

(١) انظر: تبيين الحقائق ٣١٦/١، ومواهب الجليل ٣٧٧/٢، والمهذب ١٨٦/١، وكشاف القناع ٣٠٠/٢.

ثمانين مستأنفا؛ لأن ما بقي تمام حد الأحرار فجاز أن يدخل فيه حد الأحرار. عبد قذف حرا ثم أعتق ثم قذف آخر فجاء به الأول ضرب له أربعين، فإن جاء به الثاني ضرب لهما أربعين، فإن لم يجئ به الثاني وجاء به الثالث استقبل له القاضي ثمانين، فإن جاء الثاني قبل أن يتم أربعين أتم له أربعين وقطع عنه، فإن جاء به بعدما أتم أربعين لم يلتفت إليه وأكمل ثمانين للثالث.

(**العيون**): رجل شرب الخمر فضرب بعض الحد ثم هرب ثم شرب ثانيا ضرب حدًّا مستقبلا، وكذلك لو ضرب الزاني بعض الحد ثم هرب وزنا بأخرى.

ولو ضرب القاذف بعض الحد وهرب وقذف آخر ثم قدم إلى قاضٍ ينظر إن حضر المقذوف الأول والثاني جميعًا يكمل للأول ويسقط الثاني؛ لأنه يتداخل، وإن حضر الثاني دون الأول يضرب حدا مستقبلا للثاني وبطل الأول؛ لأنه أمكن إقامة الحد للثاني لوجود دعواه ولا يمكن الإقامة للأول لعدم دعواه.

(باب الحد على الذمي)

(**المبسوط**): شهد أربعة من النصارى على نصراني بالزنا فقضي عليه بالحد ثم أسلم لا يحد؛ لأن الإسلام يَجُبُّ ما قبله بالنص، ولأن الطارئ على القضاء في الحدود كالمقارن له، ولا تقبل شهادة الكافر على المسلم ابتداء فكذا إذا طرأ على الشهادة يبطلها. الكافر المحدود في القذف أسلم تعود شهادته لما مر في الشهادات.

شهد أربعة من أهل الذمة على ذمي أنه زنا بمسلمة لا يحد وحد الشهود؛ لأن الشهادة قامت على فعل مشترك بينهما وهو الوطء والتمكين منها، ولم تقبل هذه الشهادة في حق المرأة لإسلامها ولا تقبل على الرجل للشركة بينهما، كما لو شهد ذميان على مسلم وذمي بسرقة مال واحد لا يقطع الذمي. شهد أربعة من أهل الذمة على ذميين وامرأتين كل رجل زنا بواحدة فأسلم واحد من الرجلين درأ عنه وعن صاحبته الحد وحد الآخران لأنهما زانيان مختلفان والله أعلم.

كتاب السرقة

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الحد على السرقة، وتفسيرها، وركنها، وشرطها، وحكمها.

أما مشروعية حدها: لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] ولقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ﴾ [المائدة: ٣٣] نزلت هذه الآية في قطاع الطريق.

ورُوي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: **"والله لو سرقت فاطمة بنت محمد لَقَطَعْتُ يَدَهَا"**[(١)].

---

(١) أخرجه «البخاري» ٢١٣/٤ (٣٤٧٥) و٢٩/٥ (٣٧٣٢) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث. وفي ٢٩/٥ (٣٧٣٣) قال: وحدثنا علي، قال: حدثنا سفيان، قال: ذهبت أسأل الزهري عن حديث المخزومية، فصاح بي، قلت لسفيان: فلم تحتمله عن أحد؟ قال: وجدته في كتاب كان كتبه أيوب بن موسى. وفي ١٩٩/٨ (٦٧٨٧) قال: حدثنا أبو الوليد، قال: حدثنا الليث. وفي (٦٧٨٨) قال: حدثنا سعيد بن سليمان، قال: حدثنا الليث. وفي ٢٠١/٨ (٦٨٠٠) قال: حدثنا إسماعيل بن عبد الله، قال: حدثني ابن وهب، عن يونس. و«مسلم» ١١٤/٥ (٤٤٢٨) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا ليث (ح) وحدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا الليث. وفي (٤٤٢٩) قال: وحدثني أبو الطاهر، وحرملة بن يحيى، واللفظ لحرملة، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس بن يزيد. وفي ١١٥/٥ (٤٤٣٠) قال: وحدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«ابن ماجه» (٢٥٤٧) قال: حدثنا محمد بن رمح المصري، قال: أخبرنا الليث بن سعد. و«أبو داود» (٤٣٧٣) قال: حدثنا يزيد بن خالد بن عبد الله بن موهب الهمداني، قال: حدثني الليث (ح) وحدثنا قتيبة بن سعيد الثقفي، قال: حدثنا الليث. وفي (٤٣٧٤ و٤٣٩٧) قال: حدثنا عباس بن عبد العظيم، ومحمد بن يحيى، قالا: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٤٣٩٦) قال: حدثنا محمد بن يحيى بن فارس، قال: حدثنا أبو صالح، عن الليث، قال: حدثني يونس. و«الترمذي» (١٤٣٠) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. و«النسائي» ٧٢/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤٠) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أنبأنا سفيان قال: كانت مخزومية تستعير متاعا وتجحده، فرفعت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكلم فيها، فقال: لو كانت فاطمة لقطعت يدها، قيل لسفيان: من ذكره؟ قال: أيوب بن موسى. وفي ٧٢/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤١) قال: أخبرنا =

وأما تفسيرها: فهي أخذ مال متقوم مقدر محرز على سبيل الخفية والاستسرار حتى لو سرق الخمر أو الخنزير أو جلد الميتة أو سرق صغيرًا حرًّا ومات في يده لا يقطع ولا يضمنه، ولو سرق عبدًا صغيرًا فمات في يده يضمن؛ لأنه لا يرغب كل أحد في أحد ما ليس بمال متقوم وهو مقدر بعشرة دراهم.

قال مالك: مقدر بثلاثة دراهم.

وقال الشافعي: مقدر بربع دينار.

والصحيح قولنا؛ لقوله عليه السلام: "**لا قطع في أقل من عشرة دراهم**"(١). وقوله عليه السلام: "**لا قطع إلا في ثمن المجن**(٢)"(٣) وقد اختلفت الأخبار في قيمة

=

محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان، عن أيوب بن موسى. وفي ٧٢/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤٢) قال: أخبرنا رزق الله بن موسى، قال: حدثنا سفيان، عن أيوب بن موسى. وفي ٧٣/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤٤) قال: أخبرنا عمران بن بكار، قال: حدثنا بشر بن شعيب، قال: أخبرني أبي. وفي ٧٣/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤٥) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. وفي ٧٤/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤٦) قال: أخبرنا أبو بكر بن إسحاق، قال: حدثنا أبو الجواب، قال: حدثنا عمار بن رزيق، عن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن إسماعيل بن أمية. وفي ٧٤/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤٧) قال: أخبرني محمد بن جبلة، قال: حدثنا محمد بن موسى بن أعين، قال: حدثنا أبي، عن إسحاق بن راشد. وفي ٧٤/٨، وفي «الكبرى» (٧٣٤٨) قال: الحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن ابن وهب، قال: أخبرني يونس. و«ابن حبان» (٤٤٠٢) قال: أخبرنا محمد بن الحسن بن قتيبة، بعسقلان، قال: حدثنا يزيد بن موهب، قال: حدثني الليث بن سعد. سبعتهم: (معمر بن راشد، والليث بن سعد، وأيوب بن موسى، ويونس بن يزيد، وشعيب بن أبي حمزة، وإسماعيل بن أمية، وإسحاق بن راشد) عن محمد بن مسلم بن شهاب الزهري، عن عروة بن الزبير، فذكره.

(١) أخرجه الدارقطني (٢٠٠/٣، رقم ٣٤٩)، والبيهقي (٢٦١/٨، رقم ٦٩٧١)، وقال: هذا إسناد يجمع مجهولين وضعفاء.

(٢) هُوَ التُّرس، سُمِّي بذلك لِأَنَّهُ يُوَارِي حَامِله، أَيْ: يَسْتُرهُ، وَكَانَ ثَمَن الْمِجَنّ ثَلَاثَة دَرَاهِم وَهُوَ رُبْع دِينَار وَهُوَ نِصَاب السَّرِقَة. عون المعبود - (ج ٤/ص ١١٥).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ٤٦٩/٩ (٢٨٦٧٠) قال: حدثنا أحمد بن إسحاق. و«أحمد» ١٦٩/١ (١٤٥٥) قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي. و«ابن ماجه» (٢٥٨٦) قال: حدثنا محمد بن

=

المجن؛ رُوي أن قيمته ثلاثة دراهم، ورُوي أنها خمسة دراهم، ورُوي أنها عشرة، فقد أخذنا برواية العشرة احتياطًا وتوفيقًا بين الحديثين وتلفيقًا بينهما؛ ولأن القطع شرع للزجر وما دون العشرة مال حقير، فإنه لا ترغبه الطباع السليمة في سرقته ولا يحتاج فيه إلى الزجر وتكلموا في صفة الدراهم العشرة[1].

ذكر الكرخي: يعتبر عشرة دراهم مضروبة.

ورُوي عن أبي يوسف ومحمد: أنه لا يقطع في عشرة دراهم تبر ما لم تكن مضروبة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: إذا سرق عشرة مما يروج بين الناس قطع فهذا يدل على التبر إذا كان رائجًا يقطع.

وروى الحسن عن أبي حنيفة قال: يعتبر قيمة المسروق عشرة دراهم بأعز النقود وأروجها؛ لأنه إن كان المراد به أعز النقود لا يجب القطع بنقد البلد، وإن كان المراد به نقد البلد يجب بأعز النقود؛ لأن فيه ما في نقد البلد وزيادة فوجب أن ينصرف إلى أعز النقود حتى يكون إيجاب القطع بيقين لا بالشك.

وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة: أنه تعتبر قيمته بنقد البلد؛ لأن مطلق اسم الدراهم ينصرف إلى نقد البلد في الأشربة والبياعات إلا إلى أعز النقود وكذا في السرقات والجنايات اعتبارًا للعرف والعادة.

وأما كونه محرزا شرط كما تبين والأخذ على سبيل الخفية والاستسرار شرط

=

بشار، قال: حدثنا أبو هشام المخزومي. و«أبو يعلى» (٧٩٩) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا عبد الرحمن بن مهدي.

ثلاثتهم: (أحمد بن إسحاق، وابن مهدي، وأبو هشام، المغيرة بن سلمة المخزومي) عن وهيب بن خالد، عن أبي واقد الليثي، عن عامر بن سعد، فذكره.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧٣/٧، وحاشية ابن عابدين ١٩٨/٣، وحاشية الدسوقي ٣٣٩/٤، ٣٤٤، والقوانين الفقهية ٣٥٢، وحواشي الشرواني وابن القاسم العبادي على تحفة المحتاج ١٣٥/٩، وشرح روض الطالب، وكشاف القناع ١٣٩/٦، ١٤٠.

في السرقة الصغرى من المالك ابتداء لا انتهاء حتى لو ثقب البيت على سبيل الخفية والاستسرار ثم أخذ المال على سبيل المغالبة والمكابرة جهارا من المالك بأن استيقظ المالك، فإنه يقطع؛ لأن أكثر السرقات في الليالي تصير نهايتها المكابرة والمغالبة، فلو اعتبرنا المغالبة والمكابرة والمجاهرة في الانتهاء مانعة وجوب القطع لم يجب القطع في أكثر السرقات فيؤدي إلى سد باب القطع على الأعم والأغلب فلم يعتبر بخلاف ما لو كان كابره نهارا بأن نقب البيت على سبيل الخفية ودخل البيت ثم أخذ المال مكابرة ومغالبة لا يقطع؛ لأنه لا يمكنه الأخذ بالمكابرة والمغالبة في النهار؛ لأنه وقت يلحقه الغوث من جهة الناس والسلطان فاعتبرنا الأخذ على سبيل الخفية والاستسرار ابتداء وانتهاء شرطًا لوجوب القطع؛ لأن السرقة مأخوذة من مسارقة العين أو الكلام قال الله تعالى: ﴿إِلَّا مَنِ ٱسْتَرَقَ ٱلسَّمْعَ﴾ [الحجر: ١٨] ومسروق الشيطان من الملائكة كان كلاما على سبيل الخفية والاستسرار منهم.

وأما السرقة الكبرى هي أخذ المال بقطع الطريق على سبيل الخفية والاستسرار من الإمام لا من المالك؛ لأن الأموال في الصحاري والبراري إنما تصير محفوظة محررة بحفظ الإمام ومحمية بحمايته لا بحفظ المالك وكان الأخذ من الإمام معنى.

وأما ركنها: فما هو تفسيرها لأنها تقوم به.

وأما شرطها[١]: أن يكون المأخوذ مالًا محرزًا لقوله عليه السلام: **"لا قطع في حَرِيسَةِ الْجَبَلِ**[٢]**، وما آوَاهُ الْمَرَاحُ**[٣] **ففيه القطع"**[٤]. وقوله عليه السلام: **"لا قطع في**

---

(١) انظر: ابن عابدين ٢٦٧/٣، والبدائع ٦٦/٧، والمبسوط ١٣٦/٩، وبداية المجتهد ٤٣٩/٢، والشرح الكبير للدردير ٣٣٨/٤، والقليوبي وعميرة ١٩٠/٤، ومغني المحتاج ١٦٤/٤، والمهذب ٩٤/٢، وشرح منتهى الإرادات ٣٦٧/٣، وكشاف القناع ١١٠/٦.

(٢) أَرَادَ بِهَا الشَّاة الْمَسْرُوقَة مِن الْمَرْعَى، وَالِاحْتِرَاس أَنْ يُؤْخَذ الشَّيْء مِن الْمَرْعَى، يُقَال: فُلَان يَأْكُل الْحِرْسَات، إِذَا كَانَ يَأْكُل أَغْنَام النَّاس. شرح سنن النسائي - (ج٦/ ص ٣٨٩).

(٣) أيْ: الْمَحِلّ تَرْجِع إِلَيْهِ وَتَبِيت فِيهِ. شرح سنن النسائي - (ج ٦/ص ٣٨٩).

(٤) أخرجه الحميدي (٦٠٨) قال: حدثنا سفيان، قال: سمعناه من داود بن شابور، ويعقوب بن عطاء. و«ابن أبي شيبة» ٢٢٤/٣ (١٠٨٧١) و٢٥٥/١٢ (٣٣٣٦٨) قال: حدثنا محمد بن بشر العبدي، قال: حدثنا هشام بن سعد. وفي ٨٢/٦ (٢٠٦٧٨) و٤٥٠/٦ (٢٢٠٥١) قال: حدثنا =

الثمار وما آواه الجرين أو الجران ففيه القطع".

وحريسة الجبل ما يسرق من الراعي في الجبال وأدركه الليل قبل أن يأويها المأوى، والمراح الموضع الذي يروح منه القوم أو يروحون إليه كالمَغْدَى من الغداة، والرواح العشي يقول: رُحْ رواحًا، أي: السير والعمل بالعشي، والإراحة رد

=

ابن أبي زائدة، عن محمد بن إسحاق. وفي ٤٦٠/٦ (٢٢٠٧٨) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا هشام بن سعد. وفي ٤٧٠/٩ (٢٨٦٧٢) قال: حدثنا عبد الرحيم بن سليمان، عن محمد بن إسحاق. و«أحمد» ١٨٠/٢ (٦٦٨٣) قال: حدثنا يعلى، قال: حدثنا محمد بن إسحاق. وفي ١٨٦/٢ (٦٧٤٦) قال: حدثنا الحسين، قال: حدثني ابن أبي الزناد، عن عبد الرحمن، يعني ابن الحارث. وفي ٢٠٣/٢ (٦٨٩١) قال: حدثنا ابن إدريس، قال: سمعت ابن إسحاق. وفي ٢٠٧/٢ (٦٩٣٦) قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا محمد بن إسحاق. وفي ٢٢٤/٢ (٧٠٩٤) قال: حدثنا حماد بن خالد، قال: حدثنا هشام بن سعد. و«ابن ماجه» (٢٥٩٦) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا أبو أسامة، عن الوليد بن كثير. و«أبو داود» (١٧٠٨) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، عن حماد بن سلمة، عن عبيد الله بن عمر. وفي (١٧١٠ و٤٣٩٠) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث، عن ابن عجلان. وفي (١٧١١) قال: حدثنا محمد بن العلاء، قال: حدثنا أبو أسامة، عن الوليد، يعني ابن كثير. وفي (١٧١٢) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا أبو عوانة، عن عبيد الله بن الأخنس. وفي (١٧١٣) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد (ح) وحدثنا ابن العلاء، قال: حدثنا ابن إدريس، عن ابن إسحاق. و«الترمذي» (١٢٨٩) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن ابن عجلان. و«النسائي» ٤٤/٥ و٨٤/٨، وفي «الكبرى» (٢٢٨٥ و٥٧٩٧ و٧٤٠٣) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا أبو عوانة، عن عبيد الله بن الأخنس. وفي ٨٥/٨، وفي «الكبرى» (٥٧٩٥ و٧٤٠٤) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث، عن ابن عجلان. وفي ٨٥/٨، وفي «الكبرى» (٥٧٩٦ و٧٤٠٥) قال: الحارث بن مسكين، قراءة عليه، وأنا أسمع، عن ابن وهب، قال: أخبرني عمرو بن الحارث، وهشام بن سعد. و«ابن خزيمة» (٢٣٢٧) قال: حدثنا يونس بن عبد الأعلى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني عمرو بن الحارث، وهشام بن سعد. وفي (٢٣٢٨) قال: حدثناه يوسف بن موسى، قال: حدثنا جرير، عن محمد بن إسحاق.

عشرتهم: (داود بن شابور، ويعقوب بن عطاء، وهشام بن سعد، ومحمد بن إسحاق، وعبد الرحمن بن الحارث، والوليد بن كثير، وعبيد الله بن عمر، ومحمد بن عجلان، وعبيد الله بن الأخنس، وعمرو بن الحارث) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

الإبل من العشي، والجران مقدم العنق من مذبح البعير إلى منحره، والجرين موضع البيدر بلغة أهل اليمن، وقال عامتهم: بكسر الجيم الجرين وجمعه الجرن وهو الموضع الذي يجمع فيه الثمر إذا صرم، ولأن المال إنما يصير خطيرًا عزيزًا بالحفظ والجرن، فأما ما لا حظر له عند الناس لا يحرز وإنما يحرز ما له حظر.

وأما حكمها: فوجوب القطع خزيًا وتنكيلًا في الدنيا واستحقاق العقوبة وتعذيبًا في الآخرة.

(باب ما يوجب القطع وما لا يوجبه)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في السرقة من الأبنية.

والثاني: السرقة من الكم والأوعية.

والثالث: في السرقة في البراري من الأخبية.

والرابع: في السرقة من ظهر البهيمة.

(فصل)

أصله: معرفة الحرز، والحرز ما يصير المال به محفوظا عن أيدي المتلصصة والمال يصير محفوظًا محرزًا بالبناء والوعاء والحافظ؛ لأن هذه الأشياء يمنع وصول يد المتلصصة إليه ويصير المال محصنا بها غالبًا.

ثم مسائله على أقسام:

أحدها: الأخذ من الحرز من غير دخوله.

والثاني: الأخذ من الحرز من غير إخراج.

والثالث: الأخذ من الكل والإخراج من البعض.

أما القسم الأول: لو ثقب البيت وأدخل يده فسرق مالًا لا يقطع خلافًا للشافعي وهو رواية عن أبي يوسف؛ لأن القطع إنما يجب لهتك الحرز وإخراج المال لا بدخوله الحرز بدليل أنه لو شق الجوالق أو الكم أو الصندوق فأدخل يده وأخرج المال وجب القطع، وإن لم يدخل الحرز وقد وجد أخذ المال من الحرز فيجب القطع.

لنا: أن هتك الحرز شرط مع إخراج المال لوجوب القطع والشروط تراعي الكامل منها ما أمكن خصوصا في باب الحدود وهتك الحرز إنما يكمل بدخول الحرز إذا أمكن وفي البيت أمكن الدخول فيه فيشترط، فإذا لم يدخل لم يكمل هتك الحرز بخلاف الكم والجوالق والصندوق الدخول فيه غير ممكن فيكون الهتك الكامل في حقه بإدخال اليد حتى لو شقه فخرج المال وأخذ ولم يدخل يده لا يقطع؛ لأن الهتك لم يكمل؛ لأن إدخال اليد ممكن، فإذا لم يدخل يده كان هتكًا ناقصًا فكذا هذا.

وأما **القسم الثاني**: لو أخذ المتاع ولم يخرجه من الدار لم يقطع؛ لأن الدار في يد المالك فما في الدار يكون في يده معنى، فإن كانت فيها مقاصير فأخرجها من مقصورة إلى الدار قطع؛ لأن كل مقصورة بمنزلة دار على حدة؛ لأن أهل المنازل ينتفعون بصحن الدار مثل انتفاع السكة لا مثل انتفاع المنازل وكان صحن الدار بمنزلة السكة وكان كل مقصورة ومنزل حرزًا على حدة، وكذا لو سرق واحد من أهل هذه المقاصير متاع من يسكن مقصورة أخرى قطع لما بينا. وفي الدار المشتملة على بيوت لو كان ضيفا في بيت فسرق متاعا من بيت آخر من تلك الدار لم يقطع؛ لأن الكل حرز واحد، فإذا كان مأذونا بالدخول فيه لم يلزمه القطع.

وذكر في (**المنتقى**): عشرة نفر في دار واحدة كل رجل منهم في بيت على حدة فسرق سارق من كل رجل منهم أقل من عشرة دراهم قطعته لأنها سرقة واحدة، ولو كانت حجرا كثيرة في دار عظيمة فسرق من كل حجرة أقل من عشرة دراهم لم يقطع لأنها سرقات متفرقة من حرز متعدد، ولو دخل الدار وأخذ المتاع فرمى به إلى السكة ثم خرج فأخذه يقطع خلافًا لزفر، ولو لم يأخذه لا يقطع بالإجماع لزفر أن السرقة إنما تتم موجبة للقطع بهتك الحرز وأخذ المال من الحرز ولم يتم أخذ المال من الحرز؛ لأن الأخذ إنما يتم بعد زوال يد المالك عنه حين زالت يد المالك بالرمي إلى السكة فأخذ السارق ليس بقائم؛ لأنه زالت يده عنه بالرمي فينعدم أخذه والأخذ من السكة حصل خارج الحرز فلا يوجب القطع. لنا: أن أخذ السارق قائم معنى وقت زوال يد المالك متى أخذ من السكة؛ لأن الرمي متردد بين أن يكون

تضييعا للمال وبين أن يكون حيلة لإتمام الأخذ؛ لأن السارق عسى لا يتمكن من الخروج مع المتاع فيرمي ليتمكن من الخروج أو إنما رمى ليفرغ يده فيمكنه دفع المالك على هذا أكثر السرقات فمتى لم يأخذ المتاع ظهر أن الرمي كان تضييعا منه ومتى أخذ ظهر أن الرمي كان حيلة منه لإتمام الأخذ لا للتضييع فاعتبر أخذه قائمًا إذ لو لم يعتبر وأكثر السرقات على هذا الوجه يؤدي إلى سد باب القطع، ولو أخذ السارق في الدار حتى لم يمكنه الأخذ بعد الرمي لا يقطع خلافًا للشافعي؛ لأنه متى لم يأخذ ظهر أن قصده من الرمي تضييع المال لا لإتمام الأخذ، فإن من عادة السراق تضييع البعض وأخذ البعض فلم يتم أخذه ولو ناول صاحبا له خارج الدار لم يقطع واحد منهما؛ لأن السرقة لم تتم من كل واحد منهما؛ لأنه من أحدهما هتك الحرز ومن الآخر إخراج المال فحسب هذا إذا وضعه على عتبة الدار فأخذ الخارج، فإن أخرج الداخل يده من الثقب فأخذه الخارج يقطع الداخل خاصة، وهكذا رُوي عن أبي يوسف مفصلا فقال: إذا أدخل الخارج يده من الثقب لم يقطع واحد منهما، وإن أخرج الداخل يده من الثقب فأخذ الخارج يقطع الداخل خاصة؛ لأنه وجد منه هتك الحرز وإخراج المال من الحرز، فإن المال صار خارجا من الحرز بفعله، ولو وضع الداخل عند الثقب ثم خرج وأخذ المتاع قيل يقطع؛ لأنه وجد منه هتك الحرز وإخراج المال من الحرز؛ لأن المال صار مخرجا بفعله فصار كما لو رمى إلى السكة ثم أخذه وقيل لا يقطع؛ لأن المال صار مخرجا من الحرز بفعله إلا أنه هو خارج الحرز فصار كما لو أدخل يده في الثقب فأخرجه بخلاف ما لو رمى إلى السكة؛ لأن المال صار مخرجا من الدار وهو في الدار بعد فكان بمنزلة ما لو أخرج بنفسه.

فأما **القسم الثالث**: ولو كانوا جماعة جمعوا المتاع وحملوه على ظهر رجل منهم حتى أخرجه من الحرز يقطع الكل استحسانًا والقياس أن يقطع وحده وبه أخذ زفر والشافعي.

لهما: أن السرقة إنما تمت من الحامل دون أصحابه؛ لأن هتك الحرز وإخراج المال وجد من الحمال؛ لأن يد المالك زالت عن المتاع بانفصال المتاع من داره

وأخذ الحمال قائم حقيقة وقت زوال يد المالك فتم الأخذ منه، وجه الاستحسان: أن المعتاد فيما بين السراق أن يتولى بعضهم أخذ المتاع وحمله والبعض يحفظون أبواب الدور رصدا لأصحابهم متهيِّئون لدفع صاحب المال فيكون هذا حيلة لإتمام الأخذ فيكون أخذهم قائمًا معنى واعتبارا حال انقضاء المتاع من الدار فكان هذا فعلًا معهودا وأمرًا معتادًا فيما بين السراق وكل شبهة تمكنت في الفعل المعهود لا تكون معتبرة؛ لأن اعتبارها يؤدي إلى فسخ الحدود، وإن سرق باب الدار أو سرق ثوبا بأبسط على حائط قد ظهر إلى السكة لا يقطع خلافًا للشافعي؛ لأنه يمكن النقصان في معنى الحرز؛ لأنه لا حرز مما يلي السكة؛ لأن الحرز عبارة عما يمنع وصول اليد إليه فلم يكن الجانب الذي يلي السكة محرزا وكان بعضه محرزا وهو مما يلي الدار وبعضه غير محرز وهو ما يلي السكة فكان محرزا من وجه دون وجه فمنع الوجوب، ولو سرق ثوبا من الحمام في الوقت الذي يفتح لدخول الناس لا يقطع، وإن كان للثياب حافظ، وكذلك التاجر إذا أذن للناس بالدخول في حانوته فسرق منه ثوبا لا يقطع، وإن كان له حافظ خلافًا للشافعي فيما إذا كان له حافظ؛ لأن المال لم يصر محرزا بالبناء؛ لأنه أذن للناس بالدخول فيه، ولهذا لم يقطع إذا لم يكن له حافظ ولم يصر محرزا لحافظ؛ لأنه لا يعتبر الحرز بالحافظ مع وجود البناء؛ لأن الحرز بالحافظ كالبدل عن الحرز بالبناء؛ لأن الحرز بالحافظ ناقص والبناء كامل ولأن المال بالبناء يصير مختفيا مستترا يمنع وصول يد المتلصصة إليه وبالحافظ لا يصير مختفيا ولا يمنع وصول اليد إليه؛ لأنه ربما تصل اليد إليه عند تغافل الحافظ واشتباه صاحبه عليه أو تأخذه سنة ونومة. والحمام يصلح حرزا لما فيه من المال؛ لأن منفعة الحرز مطلوبة منه وهو كونه مانعا وصول اليد إليه وقد بطل ذلك بالإذن، وإذا أذن له بالدخول في بيت من داره فسرق من بيت آخر لم يؤذن له بالدخول فيه، ذكر في النوادر فيه روايتان في رواية يقطع؛ لأن الإذن بالدخول في بيت لا يكون إذنا بالدخول في بيت آخر وفي رواية لا يقطع؛ لأن الدار المشتملة على منازل كان منزل منها بمنزلة بيت على حدة حقيقة ولكن في حق الأحكام جعلت بمنزلة بيت واحد حتى لو سرق شيئًا من بيت فأخرجه إلى صحن

الدار لا يقطع كما لو لم يخرجه، وكذا لو شرط على المودع أن يحفظ الوديعة في هذا البيت فحفظ في بيت آخر من هذه الدار لا يضمن فتثبت شبهة الإذن والشبهة كافية لدرء الحد.

(فصل)

أصله: أن حرز كل شيء على حسب ما يليق بذلك الشيء بدليل ما رُوي عن النبي عليه السلام أنه جعل الجرين حرزًا للثمار، والمراح حرزًا للأغنام، على ما روينا فيكون الحرز تارة بالحافظ وتارة بالوعاء وتارة بالبناء. ولو جمع الرجل الثمرة في بقعة في الصحراء وصاحبه نائم يحفظه فسرق منه يقطع، وكذلك المسافر ينزل في الصحراء فيجمع المتاع فيثبت عليه فسرق منه يقطع؛ لأن المال في الصحراء يصير محفوظا ومحرزًا بالحافظ، وكذلك إن كان المتاع في فسطاط فسرق؛ لأن الفسطاط لما فيه؛ لأن الحرز ما يمنع وصول اليد إليه ويصير المال مختفيا به وقد وجد، فإن سرق الفسطاط نفسه لا يقطع؛ لأنه حرز لما فيه وليس بحرز لنفسه؛ لأنه شيء ظاهر والمحرز ما يكون مختفيا إلا أن يكون صاحبه قائمًا عليه يحفظه؛ لأنه يصير محرزًا بالحافظ.

وإن سرق من القطيع بعيرًا أو حملًا على بعير لا يقطع.

وإن شق حملًا فسرق منه قطع؛ لأن مقصود السائق والقائد السوق والسير لا الحفظ ولا يصير محرزًا به مقصودًا فاعتبر الجوالق حرزا له؛ لأن الجوالق حرز لما فيه؛ لأنه يمنع وصول اليد إليه ويصير المال مختفيا به، فإن شق وأخذ منه قطع وإلا فلا وإنما تعتبر الجوالق حرزا إذا خيف هجوم صاحبه كما في هذه المسألة حتى لو كان مع هذه الأحمال من يبيعها للحفظ قطع السارق للحمل بعينه كما يقطع الذي شق الجوالق وأخذه.

(فصل)

ولو سرق جوالقًا فيه متاع أو جراب فيه مال وصاحبه يحفظه أو نائما عليه قطع؛ لأنه صار محرزًا بصاحبه. في كمه دراهم مصرورة مشدودة فطرّها رجل ينظر إن

كان الرباط داخل الكم والدراهم خارجة من الكم وربطها داخل الكم فحل الرباط وأخذ الدراهم لم يقطع؛ لأنه لم يهتك الحرز وهو الكم؛ لأنه متى حل الرباط داخل الكم تقع الدراهم على الأرض أو على يده؛ لأن الدراهم موضوعة خارج الكم فلم يوجد إخراج الدراهم من الكم الذي هو حرز وإنما وجد منه إدخال اليد لا غير فصار كما لو دخل البيت ولم يخرج المال ثم خرج وأخذه من الخارج، وإن قطع الرباط وأخذ الدراهم كذلك مربوطة يقطع؛ لأنه أدخل يده في الكم وأخذ الدراهم من الكم فتم هتك الحرز وأخذ المال فصار كما لو دخل البيت وأخرج المال مع نفسه؛ لأن إدخال يده في الكم كإدخال نفسه في البيت وإخراج الدراهم من الكم كإخراج المال من البيت، وإن كان الرباط خارج الكم والدراهم في الكم إن حل الرباط وأخذ الدراهم قطع؛ لأنه يحتاج إلى إدخال يده في الكم وإخراج الدراهم من الحرز؛ لأن الدراهم تقع في الكم متى حله فقد هتك الحرز وأخذ المال، وإن قطع الرباط وأخذ الدراهم لا يقطع؛ لأنه متى قطع الرباط لا يحتاج إلى إدخال اليد في الكم فصار كما لو ثقب البيت وأخذ المتاع ولم يدخل.

(**المنتقى**): سارق دخل الدار وجمع المتاع ثم طرحه في نهر كان فيها فذهب به الماء وأخرجه لا قطع عليه؛ لأنه أخرجه الماء دون السارق وإن لم يكن للماء قوة وإنما أخرجه بتحريك السارق فعليه القطع؛ لأنه أخرجه السارق دون الماء. دخل مع حمار منزلا فجمع الثياب وحمله على الحمار ثم خرج هو من المنزل وذهب إلى منزله فخرج الحمار فجاء إلى منزل السارق لا يقطع، وكذا لو علق على طائر له وتركه في المنزل فطار بعد ذلك إلى منزله، ولو ساق الحمار حتى أخرجه قطع؛ لأن السوق مضاف إلى فعله. جماعة نزلوا خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا قطع عليه، ولو كانوا في مسجد جماعة والمسألة بحالها يقطع والفرق أن الخان حرز بنفسه ولا يصير المال محرزا بالمالك والحافظ فما لم يخرجه عن الحرز لا يجب القطع. فأما المسجد فليس بحرز فيصير المال محرزا بالمالك، فإذا أخذ فقد أخذ من الحرز، ولهذا لو سرق شيئًا من مسجد جماعة وتنحى عن صاحبه وأخذه قبل أن يخرج من المسجد يقطع، ولو سرق من

بيت رجل وأخذ قبل الخروج من بيته لم يقطع، ولو سرق من حمام أو حانوت أو سفينة أو خان وصاحبه معه لا يقطع؛ لأن هذه المواضع حرز في الجملة ولا تصير محرزًا بالمالك لما بينا وقد ثبت الإذن بالدخول فيه.

وذكر الفقيه أبو الليث في العيون: عند أبي حنيفة يقطع في الحمام وعلى قياس هذا يقطع في غيره أيضًا ولكن لم يذكر محمد خلافه في المبسوط، وإن كان الحمام قد أغلق بابه أو في الخان قطع ذكره في (نوادر ابن رستم) عن محمد ولا يشبه المسجد إذا أغلق بابه فسرق لا يقطع؛ لأن الحمام والخان حرز والمسجد لا. رجل ثقب حائطا بغير إذن صاحبه ثم غاب فدخل سارق إلى الثقب فسرق شيئًا لا يضمن الثاقب المسروق؛ لأنه تسبب والسارق مباشر فصار كما لو فتح باب القفص فطار الطير منه. السارق إذا دخل بيتًا فابتلع دنانير ثم خرج لم يقطع وضمن ولا ينتظرونه إلى أن يضعها؛ لأنه استهلكها ولم يخرجها من البيت فقد تحقق سبب الضمان وهو الاستهلاك فلا وجه للانتظار، والغشاش وهو الذي يهيئ لغلق الباب ما يفتحه فعين بابا في الدار أو في السوق نهارا وليس في الدار ولا في السوق أحد لم يقطع، وإن كان فيه أحد من أهلها وأخذ المتاع وهو لا يعلم يقطع، والقفاف لا يقطع وهو الذي يعطي الدراهم إليه لينظر إليها فيأخذها وصاحبها لا يعلم به، قال محمد في نوادر هشام: بلا خلاف في غيره.

ولو جمع متاعه في صحراء ولم ينم على متاعه وإنما نام عنده فسرق منه يقطع إذا نام حيث يراه ويحفظه؛ لأنه صار محرزا بالحافظ.

وفي نوادر ابن رستم: لو سرق من رجل نائم وعليه ملاءة له وهو لابسها أو واضع قريب منها بحيث يكون حافظا له يقطع، ولو سرق ثوبا عليه وهو رداءه أو قلنسوة أو طرف منطقه أو سيفه أو سرق من امرأة حليًا عليها لا يقطع لأنها خلسة وليست بخفية سرقة، ولو سرق من رجل نائم عليه قلادة وهو لابسها يقطع؛ لأنه أخذها خفية وسرًا وله حافظ وهو النائم.

قال محمد في "نوادره": لو جمع الغنم في حظيرة في الصحراء كان عليها حافظ أو لم يكن بأن جمع الأحجار أو السوط حول البقعة وهو نائم عندها قطع سارقها،

ولو كان على الدار باب والباب مفتوح فدخل نهارا وأخذ المتاع لم يقطع، ولو دخل ليلا والباب مفتوح أو لا وذلك بعدما صلى الناس العشاء وأخذ المتاع خفية أو مكابرة ومعه سلاح أو لا وصاحب الدار يعلم به أو لا يقطع، فإن دخل اللص ما بين العشاء والعتمة والناس يذهبون فهو بمنزلة النهار؛ لأنه وقت غوث واستغاثة، ولو كان صاحب الدار يعلم بدخول اللص واللص لا يعلم بأن فيها صاحب الدار أو يعلم اللص دون صاحب الدار بدخوله يقطع، ولو علما لا يقطع؛ لأنه لم يوجد الأخذ على سبيل الخفية والاستسرار.

(باب ما تقع به السرقة وما لا تقع)

(المنتقى): ذكر ابن رستم عن محمد: رجل سرق عشرة دراهم من عشرة أنفس من كل كيس لأحدهما درهم يقطع إذا أخذها قبل أن يخرج من البيت؛ لأن شرط وجوب القطع كمال النصاب في سرقة واحدة دون اتحاد الملاك واختلافها، كما لو سرق عشرة مشتركة بين عشرة أنفس؛ لأن النص أوجب القطع في مال مقدر بعشرة مطلقا لا يفصل بين اتحاد المالك واختلافه. رجل سرق عشرة دراهم عند إنسان وديعة لعشرة رجال يقطع؛ لأنه سرق العشرة من يد المودع وهو أصل في الخصومة، وإن سرق ثوبين كل واحد يساوي تسعة وأخرجهما يقطع؛ لأنه سرقة واحدة، وإن سرق من بيت ثوبا يساوي تسعة فوضعه على باب البيت ثم أخذ آخر يساوي تسعة وأخرجه لم يقطع لأنهما سرقتان مختلفتان، ولو سرق ثوبا يساوي عشرة دراهم فوضعه على باب الثقب ثم دخل البيت ثانيا وأخذ منه قطع؛ لأن في الأول وجد هتك الحرز وفي الثاني وجد إخراج المال فتمت السرقة، ولو سرق ثوبا أو دينارا يساوي عشرة ثم ارتفعا إلى القاضي وهو يساوي تسعة لا يقطع؛ لأن كمال النصاب بغير وقت السرقة والخصومة جميعًا.

بشر عن محمد: إذا سرق نصف دينار مقطوع قيمته عشرة دراهم قطعته، وإن سرق دينارا قيمته أقل من عشرة دراهم لم أقطعه إلا فيما يجوز بين الناس.

وذكر الحسن عن أبي حنيفة: إذا سرق أحد عشر درهما لا يجوز بين الناس،

وإن كانت تساوي عشرة دراهم رائجة قطع وإلا فلا، ولا يقطع في إناء فضة إلا أن يكون وزنه عشرة وقيمته عشرة دراهم مما يجوز بين الناس؛ لأن القطع إنما يجب بسرقة عشرة دراهم وزنا وقيمة. رجل سرق مائة فقطعت بها يده وأخذت منه ثم سرقها ثانيا مع مائة أخرى مخلوطة أو غير مخلوطة قطع؛ لأنه سرق نصابا معصوما؛ لأن ما عدا تلك المائة نصاب معصوم حقا للعبد.

ولو سرق ثوبا أو قميصا أو قباء أو سراويل يساوي خمسة دراهم وفيه خمسة مصرورة أو دينارا ولؤلؤة تساوي عشرة دراهم يقطع، وإن سرق كساء أو قطيفة لا تساوي عشرة فيه دنانير لا يقطع إذا لم يعلم بما فيه؛ لأن الثوب والقميص لا يصلح وعاء للدنانير عادة؛ لأنه لا يكون فيه الدنانير.

(باب من يجب عليه القطع ومن لا يجب)

(المبسوط): ويجب القطع على المرأة والعبد والمكاتب بالسرقة لقوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾ [المائدة: ٣٨] بلا تفصيل ولا يجب على الصبي والمجنون والمعتوه؛ لأن الحد إنما يجب بفعل محظور ولا حظر في حقهم لأنهم غير مخاطبين ولا يقطع الوالدين بسرقة مال ابنهما؛ لأن لهما ولاية بملك مال الابن عند الحاجة وهنا مستفاد من جهته حاجتهما إلى درء الحد وشبهة الملك كافية لدراية فيثبت لهما شبهة الملك قبيل السرقة صونًا لهما عن ذل الحد ولا يقطع الابن إذا سرق مال أبيه أو أمه؛ لأنه مأذون بالدخول في الحرز والانتفاع بمالهما عادة، فإنه لا يجزئ بينهما الشح والظنة عادة ولأنه يستحق النفقة في مالهما عند حاجته باعتبار الجزئية والبعضية، وإن لم تثبت حقيقة الاستحقاق عند اليسار والغنية ثبت بشبهة الاستحقاق لقيام سبب الاستحقاق وهو قرابة الولاد، وكذا لو سرق من ذي رحم محرم منه كالأخ والأخت والخال والخالة والعم والعمة لا يقطع خلافًا للشافعي؛ لأن المحرم مأذون بالدخول في الحرز عادة فينعدم الحرز في حقه ولأن القرابة المحرمة تثبت لاستحقاق النفقة عند العسرة والحاجة، فإن لم تثبت حقيقة للاستحقاق عند اليسار والغنية تثبت شبهة الاستحقاق، وكذلك لو سرق أحد

الزوجين من صاحبه لا يقطع؛ لأن بينهما اتصال أملاك ومنافع، فإن كل واحد منهما مطلق الأخذ والانتفاع بمال صاحبه من غير استئذان ومبالاة وحشمة، ولهذا لا تقبل شهادة أحدهما لصاحبه، ولو سرق من أمه من الرضاع يقطع، وإن سرق من أمه من الزنا لا يقطع؛ لأن الولد يدخل بيت أمه من غير استئذان ويتناول مال الأم من غير استئذان ولا كذلك الأم من الرضاع؛ لأنه لا يدخل بيتها إلا باستئذان عادة وليس بينهما وجوب صلة ولا استحقاق حق في المال والأختان والأصهار كزوج البنت والأخت وكل من يحرم عليه بالمصاهرة إذا سرق بعضهم من بعض لا يقطع عند أبي حنيفة، وعندهما يقطع؛ لأنه يباح لهم الدخول لأجل الزيارة وصلة الرحم خاصة لا مطلقًا فلم يظهر إباحة الدخول في حق أخذ المال بل الدخول لقصد أخذ المال حرام عليهم فلم يكن دخولهم في الحرز مأذونا لأجل أخذ بالسرقة بخلاف غيرهم من الأقارب؛ لأن الدخول مباح لهم مطلقا له أن الدخول في منزل المسروق منه مباح لها ولا لقيام سبب الإباحة وهو القرابة المحرمة وهذا السبب إن لم يفد حقيقة الإباحة في حق أخذ المال فلا أقل من أن يورث شبهة الإباحة والشبهة مانعة من القطع، ولو سرق من مطلقته طلاقا بائنا أو ثلاثا لا يقطع في عامة الروايات؛ لأن الدخول لكل واحد منهما في منزل الآخر مباح حال قيام العدة؛ لأن للزوج حق الدخول عليها للاطلاع عليها صيانة لمائه فإنها مشغولة بماء الزوج وللمرأة حق الدخول على الزوج؛ لأنها مأمورة بالسكنى حيث يسكنها الزوج فيمكن الخلل في الحرز فلم يجب القطع وفي رواية يقطع؛ لأن كل واحد منهما ممنوع عن الخلوة بصاحبه ولما حرمت الخلوة بينهما حرم الدخول لكل واحد منهما على صاحبه.

ولو سرق العبد من مولاه لا يقطع؛ لأنه مأذون بالدخول في بيت المولى لإقامة المصالح شرعا وعرفا، وكذلك لو سرق من أب مولاه أو أمه أو ذي رحم محرم منه أو من امرأة مولاه وكل ما لا يقطع المولى بالسرقة فيه؛ لأنه يدخل في بيوت هؤلاء من غير استئذان فتمكنت شبهة في الحرز، وكذلك المكاتب إذا سرق من مال مولاه لا يقطع؛ لأنه عندما بقي عليه درهم وكذلك المولى إذا سرق من مال مكاتبه أو عبده المأذون؛ لأن له في مالهما حق الملك فأورث شبهة ويقطع بالسرقة من العبد؛ لأنه بمنزلة المودع فيما في يده ويقطع بالسرقة من المودع ويقطع بسرقة مال الذمي؛ لأن

ماله معصوم فيحرم كنفسه ولا يقطع بسرقة مال بيت المال ولا بسرقته من غريمه مثل ما عليه؛ لأن الأخذ مباح له إذا ظفر بجنس حقه، وكذلك إن كان الدين مؤجلا؛ لأن السبب المبيح للأخذ قائم وهو كون المأخوذ من جنس حقه، فإن لم تفد حقيقة الإباحة لمانع وهو الأجل أورث شبهة الإباحة ويقطع بسرقة خلاف حبس ما عليه إلا إذا قال أخذته رهنا بحقي أو قضاء بحقي لا يقطع؛ لأنه ادعى الأخذ بإذنه؛ لأن خلاف الجنس لا يكون قضاء ورهنا إلا برضاء صاحبه فصار مدعيا الإذن بالأخذ، ولو ادعى الإذن بالأخذ صريحا لم يقطع فكذا هذا، ولو سرق من دار أجّرها يقطع عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف لا يقطع، وقول محمد مضطرب.

لأبي يوسف: إن ملكه قائم في رقبة الدار بعد الإجازة وإنه سبب لملك المنفعة فأورث شبهة ملك المنفعة كمن زوج أمته من إنسان ثم وطئها لا يحد لقيام ملك الرقبة فكذا هذا لأبي حنيفة إن ملك الرقبة لا تفيد شبهة الملك في منفعة الدار المستأجرة؛ لأن منافعها صارت مستحقة مملوكة للمستأجر بالإجارة من كل وجه لأنها معدومة كما حدثت عن ملك المستأجر؛ لأن الإجارة إنما هي تمليك المنفعة أو تمليك رقبة الدار في حق المنفعة وأيما كان فقد زال ذلك كله إلى المستأجر ولا يتصور للأجر أن يبقى فيها شبهة بخلاف نكاح الأمة؛ لأن المولى ملكها رقبة ومنفعة فملك المتعة إن صار للزوج بالنكاح بقيت المنافع مملوكة للمولى ملك يمين، ولهذا يملك استخدامها بعد النكاح فيكون المهر له والملك مطلق للاستيفاء، فإن لم تفد حقيقة الاستيفاء فلا أقل من أن يورث شبهة.

(المنتقى): قوم سرقوا وفيهم صبي أو مجنون لا قطع عليهم، وإن ولي إخراج المتاع كثير عند أبي حنيفة ومحمد؛ لأن الفعل واحد لم يوجب القطع على الصبي ولا يوجب على الباقي للشبهة كالبالغ العاقل مع الصبي والمجنون إذا اشتركا في القتل لا يجب القصاص، قال أبو حنيفة في الأعمى إذا سرق لم يقطع لجهله بمال غيره وحرز غيره؛ لأنه لا يهتدي إلى معرفته يقينا.

(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: في سرقة المصحف والكتب وما يتسارع إليه الفساد.

والثاني: في سرقة ما هو أصله مباح.

والثالث: في تغييب السارق المسروق في الحرز.

(فصل)

وإذا سرق مصحفًا أو كتابًا من الفقه لا يقطع خلافًا للشافعي، وهو رواية أبي يوسف؛ لأنه مال متقوم يجوز بيعه ويضمن متلفه ويحرز عادة.

لنا: أن أخذ المصحف والكتب ليتلقن ما فيه عند الحاجة إلى إقامة شيء من دينه مباح إلا أن الحاجة أمر باطن متكتم فأقيم كونه مخاطبا وهو سبب إلى معرفة الأحكام مقام الحاجة والظاهر أن الأخذ كان لحاجة أو محتملة فأورث شبهة الإباحة، وهذا كما لو سرق طعاما في سنة القحط لا يقطع؛ لأن له التناول عند الحاجة وحلول المحل والقحط سبب مفضي إلى الحاجة فقام مقام الحاجة فتمكنت فيه شبهة الإباحة فكذا هذا ولأن الإذن بأخذ المصحف وكتب الفقه للقراءة والنظر فيه وقت الحاجة ثابت عرفا وعادة، ولهذا جرت المساهلة فيما بين الناس بأخذ مصاحف الغير للقراءة من غير استئذان فالثابت عرفا كالثابت نصًا، ولو سرق الجلد والأوراق قبل الكتابة يقطع؛ لأنه لا حاجة إلى أخذ ذلك ولا يباح الأخذ، وأما كتب الأدب اختلفوا فيه قيل يقطع؛ لأنه غير محتاج إليه لمعرفة الأحكام؛ لأنه ليس فيها أحكام وقيل لا يقطع؛ لأنه محتاج إليه لمعرفة اللغة لمعرفة الفقه والأحكام وتفسير القرآن والحاجة، وإن قلت تفي إيراث الشبهة وفي دفاتر الحساب للتجار يقطع؛ لأنه غير محتاج إليه والإذن بالأخذ غير ثابت عرفا، فإذا سرق ما يتسارع إليه الفساد كاللحم والخبز والفاكهة الرطبة واللبن والأشربة المباحة لا يقطع خلافًا للشافعي، وإن كان شرابا يبقى ويدخر يقطع.

والصحيح قولنا[1]؛ لقوله عليه السلام: **"لا قطع في طعام، ولَا قَطْعَ فِي ثَمَرٍ وَلَا**

(١) قَالَ فِي شَرْح السُّنَّة: ذَهَبَ أَبُو حَنِيفَة إِلَى ظَاهِر هَذَا الْحَدِيث فَلَمْ يُوجِب الْقَطْع فِي سَرِقَة شَيْء مِن الْفَوَاكِه الرَّطْبَة سَوَاء كَانَتْ مُحْرَزَة أَوْ غَيْر مُحْرَزَة وَقَاسَ عَلَيْهِ اللُّحُوم وَالْأَلْبَان وَالْأَشْرِبَة، وَأَوْجَبَ الْآخَرُونَ الْقَطْع فِي جَمِيعهَا إِذَا كَانَ مُحْرَزًا، وَهُوَ قَوْل مَالِك وَالشَّافِعِيّ، وَتَأَوَّلَ =

كَثَرٍ[(١)]"[(٢)]. قيل: الكثر الصغار من النخل، وقيل: الجمار وهو شيء يكون في وسط النخلة في باطنها بمنزلة الدماغ في الآدمي إذا أخرجت من النخلة يبست، فيه دليل على أنه لا يقطع في الثمار كلها وبه نقول إذا كانت السنةُ سنةَ قحط لا يجب القطع في سرقة الثمار كلها عملا بعموم الحديث، وإن كانت السنة سنة خصب فهو محمول على ما إذا كانت الثمار مما يتسارع إليها الفساد، فإن كانت الثمار مما لا يتسارع إليها الفساد وهي محرزة بأن جعلها في حظيرة عليها أو معها حافظ ففيها القطع لقوله عليه السلام: "**لا قطعَ في الثمر حتى يُؤْوِيهِ الجرينُ، وإذا أواه الجرين ففيه القطع**"[(٣)]، فإن جذّ الثمرة وحصد الزرع وجعل في حظيرة عليها باب أو حفظه، وقوله عليه السلام: "**لَعَنَ اللهُ السَّارِقَ، يَسْرِقُ الْبَيْضَةَ فَتُقْطَعُ يَدُهُ**"[(٤)] والبيضة ما يتسارع

الشَّافِعِيّ عَلَى الثِّمَار الْمُعَلَّقَة غَيْر الْمُحْرَزَة وَقَالَ نَخِيل الْمَدِينَة لَا حَوَائِط لِأَكْثَرِهَا، وَالدَّلِيل عَلَيْهِ حَدِيث عَمْرو بْن شُعَيْب وَفِيهِ دَلِيل عَلَى أَنَّ مَا كَانَ مِنْهَا مُحْرَزًا يَجِب الْقَطْع بِسَرِقَتِهِ. عون المعبود - (ج ٩/ص ٤١٨).

(١) الكَثَر: هو الْجُمَّارُ بِضَمِّ الْجِيمِ وَتَشْدِيدِ الْمِيمِ، وهو مَا يُؤْكَلُ مِنْ قَلْبِ النَّخْلِ، يَكُونُ لَيِّنًا، قَالَ أَهْلُ اللُّغَةِ: الْجُمَّارُ شَحْمُ النَّخْلِ، وَجَمَّرْتُ النَّخْلَةَ قَطَعْتُ جُمَّارَهَا.

(٢) أخرجه الحميدي (٤١١) قال: حدثنا سفيان. و«الدارمي» (٢٤٥٥) قال: أخبرنا إسحاق، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. و«ابن ماجه» (٢٥٩٣) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. و«الترمذي» (١٤٤٩) قال: حدثنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. و«النسائي» ٨٧/٨، وفي «الكبرى» (٧٤١٤) قال: أخبرنا أحمد بن محمد بن عبيد الله، هو ابن أبي رجاء، قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. وفي ٨٧/٨، وفي «الكبرى» (٧٤١٥) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا الليث. و«ابن حبان» (٤٤٦٦) قال: أخبرنا الحسين بن محمد بن أبي معشر، بحران، قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء العطار، قال: حدثنا سفيان.

ثلاثتهم: (سفيان بن عيينة، وسفيان الثوري، والليث بن سعد) عن يحيى بن سعيد، عن محمد بن يحيى بن حبان، عن عمه واسع بن حبان، فذكره.

(٣) أخرجه النسائي (٨٤/٨، رقم ٤٩٥٧)، والبيهقي (٢٦٣/٨، رقم ١٦٩٨٢).

(٤) أخرجه «البخاري» ١٩٨/٨ (٦٧٨٣) قال: حدثنا عمر بن حفص بن غياث، قال: حدثني أبي. وفي ٢٠٠/٨ (٦٧٩٩) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا عبد الواحد. و«مسلم» ١١٣/٥ (٤٤٢٦) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وأبو كريب، قالا: حدثنا أبو معاوية. وفي

إليها الفساد وهو محمول على بيضة الحديد لا على بيضة الطير توفيقًا بين الحديثين عملًا بهما، ولا يقطع في الزّجاج، فإن المكسور مال تافه سريع الانكسار والفساد فتشابه ما يتسارع إليه الفساد قيل أراد به المكسور، فأما المصنوع مال نفيس لا يتسارع إليه الفساد ويقطع في اللآلئ والجواهر لأنها من أعز الأموال فإنها تحرز وتصان أشد الصيانة والإحراز[1].

(فصل)

ولا يقطع فيما هو مباح في الأصل كالطير والصيد والسمك والكلب والزرنيخ والنّورة والمغرّة والحطب والقصب والحشيش وكل ما هو حرام كالأشربة المسكرة والطبل والبربط والمزمار والصليب والصنم من الذهب والنرد والشطرنج؛ لأن في إحراز هذه الأشياء خللًا؛ لأن الصيد يفر والطير يطير والكلب وما هو من أجزاء الأرض مال تافه ولا يجوز الادخار والإمساك في الحرز بل يلقى على قوارع الطريق عادة وما أعد للمعصية واللهو لا يحرز للتمول بل للفسق والمنكر مع أن أخذه يتناول الأمر بالمعروف مباح وأخذ الصنم والصليب للكسر مباح فلم يتمحض أخذه جناية عند أبي حنيفة وعندهما لا قيمة لهذه الأشياء حتى لو أتلفها متلف لا يضمن، ولا قطع في البواري والحصر؛ لأنه مال تافه إلا الحصر البغدادي؛ لأن

=

(٤٤٢٧) قال: حدثنا عمرو الناقد، وإسحاق بن إبراهيم، وعلي بن خشرم، كلهم عن عيسى بن يونس. و«ابن ماجه» (٢٥٨٣) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، قال: حدثنا أبو معاوية. و«النسائي» ٦٥/٨، وفي «الكبرى» (٧٣١٧) قال: أخبرنا محمد بن عبد الله بن المبارك المخرمي، قال: حدثنا أبو معاوية (ح) وأنبأنا أحمد بن حرب، عن أبي معاوية. و«ابن حبان» (٥٧٤٨) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب الجمحي، قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا عبد الواحد بن زياد.

أربعتهم: (أبو معاوية، محمد بن خازم، وحفص بن غياث، وعبد الواحد بن زياد، وعيسى بن يونس) عن سليمان الأعمش، عن أبي صالح، فذكره.

(١) انظر: بدائع الصنائع ٧٧/٧ - ٧٨، وفتح القدير ٢٢٠/٤، والدر المختار ١٩٩/٣، والمبسوط ١٣٧/٩ - ١٣٨، والفتاوى الهندية ١٧٠/٢.

الصنعة فيه غالبة على الأصل فخرج عن حد التفاهة، ولا قطع في الخشب إلا في خمسة أشياء الساج والسيج والعود والخلنج والصندل والأبنوس؛ لأن ذلك من أعز الخشب وأنفس الأموال ويحرز مثل أحراز الأموال النفيسة وكذا يقطع في الباب والكرسي المتخذ من الخشب؛ لأن هذه الصنعة صار ملتحقا بالأموال النفيسة وصارت محرزة على الكمال.

وذكر الحسن عن أبي حنيفة: لو سرق قطعة ساج أو قطعة صنوبر تساوي عشرة دراهم قطع وعن أبي حنيفة أقطع في العود والصندل والأبنوس والساج ولا أقطع في الصنوبر، ولو سرق مملوكا صغيرا لا يعبر عن نفسه قطع عندهما قياسًا ولا يقطع عند أبي يوسف استحسانًا. له: أنه تمكن في المسروق شبهة عدم المالية؛ لأن الآدمي قبل الرق لم يكن مالًا لكونه مشرّفًا مكرّمًا والمال ما يكون مهانًا مبتذلًا والكرامة تنفي الإهانة وبعد الرق بقي آدميا مكرما فأورث شبهة عدم المالية.

لهما: أن الآدمي متى ضرب عليه الرق وصار محلًّا للتمليك انسلب عنه معنى الكرامة والتحق بالبهائم والجمادات في حق استحقاق الكرامة حتى انسلبت عنه أهلية الشهادات والولايات والمالكيات؛ لأنه بالكفر لما استنكف عن طاعة الله تعالى وتمرد عن عبوديته فالله تعالى جعله عبدًا للعبيد وعرضه للتمليك جزاء على استنكافه فلم يبق مستحقا للكرامة فلم يبق المنافي للمالية مع قيام الرق عليه وكان مالًا مملوكًا مرقوقا من كل وجه، ولو سرق صبيا يعبر عن نفسه عليه حلي أو سرق مصحفا فيه كواكب من فضة أو ذهب أو كلبا عليه قلائد فضة لا يقطع علم بما عليه أو لم يعلم بخلاف ما لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة في طرفه دراهم مشدودة إن علم بالدراهم قطع وإن لم يعلم لا يقطع والفرق أن الحلي والكواكب تبع للصبي والمصحف.

وإن سرق عبدًا صغيرًا لا يعبر عن نفسه قيمته خمسة دراهم وفي أذنه لؤلؤة قيمتها خمسة قطعته؛ لأن كل واحد منهما لو بلغ نصابا يوجب القطع فكذا إذا اجتمعا وبلغا نصابا، ولو سرق رطبا فالمختار أنه لا يقطع؛ لأن في الرطب يخاف الفساد من وجه وهو أن وضعه يورث نقصانا بخلاف اليابس، وإذا سرق اللحم

القديد لا يقطع؛ لأنه قد يتوهم فيه الفساد، ولو سرق طبلا للغزو وهو يساوي عشرة فالمختار أنه لا يقطع؛ لأنه كما يصلح للغزو يصلح للهو فيتمكن فيه الشبهة.

(باب الخصومة في السرقة)

(المبسوط): [وحضور][1] المالك أو من يقوم مقامه شرط لصحة القضاء بالسرقة، ولأن القضاء بالسرقة قضاء بالملك له وقضاء عليه بسقوط القيمة فكان مقضيًا له ومقضيًا عليه ولا بد من حضرته لصحة القضاء؛ لأنه لا يجوز القضاء للغائب ولا عليه إلا إذا كان عنه خصم حاضر، ولو غاب بعد القضاء بالقطع قبل الاستيفاء قيل لا يقطع على قول أبي حنيفة الآخر، كما لو غاب الشهود بعد القضاء قبل الاستيفاء، وقيل: لا يقطع على قوله أولا وآخرًا؛ لأن للاستيفاء شبها بالقضاء من حيث إنه يستوفي بولاية القضاء، ولهذا الجرح في الشاهد والرجوع بعد القضاء يمنع الاستيفاء وكان المسروق منه مقضيًا له ومقضيًا عليه من وجه وقت الاستيفاء فكان حضرته شرطًا للاستيفاء. رجلان سرقا سرقة ثم غاب أحدهما وشهد شاهدان على سرقتهما يقطع الحاضر في قول أبي حنيفة آخرا وهو قولهما.

وقال أبو حنيفة: أولا لا يقطع الحاضر؛ لأنه يتوهم من الغائب اعتراض ما يوجب سقوط القطع على الحاضر قوله الآخر: إن هذا توهم حدوث الشبهة بكاملها والشبهة الموهومة المتخيلة في درء الحد غير معتبرة لما في اعتبارها سد باب الحدود، ألا ترى أن النبي عليه السلام لم يعتبر الشبهة الموهومة في حديث ماعز من جهة المرأة الغائبة وغيبة الشهود وموتهم بعد القضاء قبل الإمضاء لا يمنع الإمضاء في الحقوق كلها.

وقال أبو حنيفة: أولًا يمنع الإمضاء في الحدود لجواز أنه يمكن في الشهود جرح أو رجوع عن الشهادة أو بدا لهم الغلط، وجه قول الكل: أن الشبهة الموهومة وهو رجوع الشهود وجرحهم غير معتبر لدرء الحدود؛ لأن هذا التوهم لا ينقطع أبدًا، ولو اعتبرت هذه الشبهة مانعة من الاستيفاء ما أمكن استيفاء حد أبدًا؛ لأن هذا

(١) ما بين المعكوفتين في (س): وحضرة.

توهم من غير أن يكون عليه دليل، ألا ترى أن الشهادة بالعادلة على الحدود الخالصة مقبولة، وإن كان يتوهم أن تكون باطلة ولكن توهم الكذب والزور لما لم يقم عليه دليل لم يكن معتبرا لما في اعتباره من سد باب الحدود فكذا هذا.

ولو فسقوا أو عموا أو جنّوا أو ارتدوا عن الإسلام بعد القضاء قبل الإمضاء يمنع الإمضاء في الحدود والقصاص ولا يمنع في باب المال؛ لأن في الحدود لا يظهر في القضاء إلا ولاية الاستيفاء للقاضي؛ لأن الحق كان ظاهرا لصاحب الحق وهو الله تعالى فلا يحتاج إلى إظهاره، وإنما يحتاج إلى القضاء لظهور ولاية الاستيفاء للقاضي فكان الاستيفاء قضاء معنًى فصارت هذه العوارض حادثة قبل القضاء معنًى بخلاف المال؛ لأن الحق متى ظهر بالقضاء فولاية الاستيفاء تثبت لصاحب الحق بالملك السابق لا بالقضاء والقاضي يملك أيضًا الحق إلى المستحق من غير ولاية القضاء وتقطع بخصومة المودع والمستعير والغاصب والمضارب والمستأجر والمرتهن.

وقال زفر: لا يقطع، ويقطع بخصومة الأب والوصي بالإجماع، لزفر أنه يتوهم من المالك الغائب الإقرار بالمسروق للسارق فيسقط الحد وهذه عقوبة تدرأ بشبهة متحققة فتدرأ بشبهة متوهمة كما لو كان القصاص بين اثنين فغاب أحدهما ليس للحاضر الاستيفاء لتوهم العفو من الغائب وكذا هذا.

لنا: أن ملك اليد ثابت لهؤلاء حقا لهم لحفظ المال وتحصينه عن أيدي المتلصصة وليتمكنوا من الرد على الملاك وقد فاتت اليد الحافظة الصارفة بالسرقة الواقعة وانتصبوا خصمًا لاسترداد المال واستنقاذه من أيدي المتلصصة إحياء لحقهم في ملك اليد سواء كانوا أصليًا في اليد أو نوابا عن الملاك؛ لأن الدعوى في حق ملك اليد صحيحة فوجد شرط صحة القضاء بالسرقة فتثبت السرقة والشبهة الموهومة غير معتبرة في السرقة لما ذكرنا غير مرة.

ولو سرق من أجنبية أو الأجنبية سرقت من أجنبي ثم تزوجها ثم ترافعا الأمر إلى القاضي فأقر به الزوج لا يقطع؛ لأن اعتراض الزوجية بعد القضاء يمنع الاستيفاء فيمنع القضاء من طريق الأولى، ألا ترى أن اعتراض الملك في المسروق

لما منع القضاء منع الاستيفاء فكذلك هذا وهذا؛ لأن بالزوجية يثبت بينهما حقيقة إباحة الدخول في منزل صاحبه وإطلاق الانتفاع بماله فحقيقة الملك لما منع القضاء والاستيفاء فكذلك حقيقة الإباحة. رجل سرق سرقة فردها إلى أهلها قبل المرافعة إلى الحاكم لا يقطع لانعدام الخصومة التي هي شرط دخول ظهور السرقة، ولو ردها بعد سماع البينة قبل القضاء بالمال والقطع لم يذكره محمد في المبسوط.

وذكر الكرخي في "مختصره": أنه يقطع استحسانًا لا قياسًا؛ لأن الخصومة لما كانت شرطا لسماع البينة تكون شرطا للقضاء بها كعدم الجرح في الشاهد وعدم ملك المسروق للسارق. وجه الاستحسان: أن الخصومة إنما كانت شرطًا لسماع البينة لتثبت سبب وجوب القطع وهو أخذ مال الغير على سبيل السرقة، فإن الشهادة على أخذ مال الغير لا تسمع إلا بعد وجود الدعوى؛ لأن ذلك حق العبد وقد تثبت السرقة فأما الخصومة ليست بشرط في حقوق الله تعالى للقضاء بها كما في سائر الحدود فيجب القطع بالسرقة بدون الخصومة بخلاف عدم الجرح؛ لأن ذلك شرط لصيرورة الشهادة حجة وكون الشهادة حجة شرط للقضاء بالحدود وبخلاف عدم ملك السارق؛ لأن ذلك شرط التعدي. الأخذ عن شبهة الإباحة وخلو الأخذ عن شبهة الإباحة شرط للقضاء بالقطع، ولو سرق رجل من رجل عشرة دراهم ثم مات المسروق منه فورثه عشرة نفر كان لهم أن يقطعوا السارق في سرقته، فإن غاب بعضهم لم يقطع السارق حتى يحضروا جميعًا؛ لأن حق الخصومة لهم. رجل سرق ثوبا قيمته عشرة ثم ترافعا إلى القاضي وقيمته تسعة لا يقطع؛ لأن كمال النصاب وقت القضاء شرط ولم يوجد، وكذلك لو سرق في بلدة تساوي عشرة ثم ترافعا إلى القاضي في بلدة تساوي تسعة لم يقطع؛ لأن كمال النصاب وقت القضاء عند هذا القاضي شرط ولم يوجد، ولو أخذ القاضي المال من السارق والمسروق منه صبي أو بالغ غائب لا يقطع؛ لأنه لا يكون سرقة حتى يدعي المسروق منه ذلك، وكذلك لو مات المسروق منه لم يقطعه حتى يحضر وارثه ويدعي ذلك، وإذا سرق المسروق من السارق وأخذ القاضي المسروق من السارق الثاني أمسكه حتى يأتي صاحب المال لا يقطع يد الأول؛ لأن يد القاضي كيد صاحب المال؛ لأن القاضي

يمسك لصاحب المال حتى لو ضاع عند القاضي برئ السارق من ضمانه، ولو كان هذا قاطع الطريق فأخذ القاضي المال منه وحفظه إلى أن يجيء صاحبه فضاع عنده ضمن القاطع المال وهذا بمنزلة مال في يدي رجل تخوف عليه فأجّره منه ليحفظه، ولو وكّل رجلًا بطلب كل حق له فأخذ سارقا قد أقر بسرقة عشرة دراهم من موكله له أن يطالبه بما أقر به من المال ولا أقطعه؛ لأن الوكيل يقبض الحق بملك الاستيفاء ولا يملك الخصومة، ولو حضر الموكل بعد القضاء للوكيل عليه بالعشرة لم أقطعه؛ لأنه صار دينًا، ولو أقر بالسرقة من غائب فحضر وصدقه قطع؛ لأنه لم يصر دينا عليه حتى يقضي القاضي به.

(باب تكرار السرقة)

(المبسوط): وإن قطع سارق في سرقة ثم سرق مرة أخرى لم يقطع، وكذلك لو سرقها منه سارق آخر لم يقطع الثاني خلافًا للشافعي، وهذا بناء على أن بالقطع سقطت قيمة المسروق في حق السارق الأول والمالك حتى لو هلك في يده أو استهلكه لم يضمن؛ لأنه ليست على هذا المال يد معتبرة محقة؛ لأن يد السارق الأول يد عادية مبطلة ويد المالك عنه زائلة وكان إحرازه ضائعًا شرعًا فلم يكن متقومًا خطيرًا شرعًا فصار كما لو ألقى ماله في مضيعة. والتقوم شرط وجوب القطع وإذا وقع الخلل والقصور في التقوم لا يجب القطع وعنده لا يسقط تقومه بالقطع فبقي متقوما فيجب القطع ولم يذكر في المبسوط، ولو سرق من السارق الأول قبل أن يقطع السارق الأول.

وذكر في (المنتقى): إنه يقطع بخصومه السارق الأول وهو الصحيح؛ لأن السارق ما لم تقطع يده فهو كالغاصب؛ لأن قيمة المسروق إنما تسقط فبقي المسروق متقوما شرعا قبل القطع فصار كما لو سرق من الغاصب تقطع بخصومته وكذا هذا. ومن أصحابنا من قال لا يقطع السارق الثاني بخصومة الأول، ولو سرق قطنًا أو صوفًا أو كتانًا فقطع فيه فأخذه منه صاحبه وصنع منه ثوبا فسرقه ذلك السارق يقطع ثانيا؛ لأن العين تبدلت اسمًا وصورةً ومعنى وصارت عينا أخرى

والقطع إنما أوجب سقوط العصمة والقيمة في العين التي قطع لأجلها لا في عين أخرى فلم يورث شبهة سقوط العصمة؛ لأن شبهة العين وإن كانت قائمة فيتمكن فيه شبهة سقوط العصمة والقيمة وشبهة الشبهة غير معتبرة في الحدود، ولو سرق عينا فقطعت يده ثم إن المسروق منه باعه من إنسان ثم اشتراه ثم عاد وسرق ثانيا قال مشايخ العراق: لا يقطع؛ لأن العين قائمة حقيقة ولكن يبدل سبب الملك فيها فتمكن فيه شبهة سقوط العصمة والقيمة.

وقال مشايخ خراسان: يقطع؛ لأن العصمة إنما سقطت في حق الأول ضرورة وجوب القطع وهذه الضرورة معدومة في حق المشتري فقد وجد دليل العاصم في حقه وفقد دليل سقوط العصمة والقيمة فكملت العصمة وتمت القيمة للعين ببدل المالك، ولهذا لو سرق منه يقطع، فإذا عادت العين إلى البائع فقد عادت معصومة متقومة كما كانت.

(المنتقى): سرق بقرة فقطع فيها ثم ولدت فسرق ولدها يقطع ثانيا، ولو سرق ثوبًا آخر امرأة فتزوجها أو صوفًا فقطع فيه ثم نقض الثوب فسرقه ثانيا لم يقطع؛ لأن العين والملك لم يتبدل، ولو سرق قطنا فقطع فيه ثم عزله صاحبه بعدما رده عليه فسرقه قطع؛ لأن العين قد تبدلت بالعزل وصار جنسًا آخر، ولهذا يجوز بيع الغزل بالقطن متفاضلا عند محمد.

(باب المسروق يُغَيِّرُ صُنْعَهُ السارق)

(المبسوط): رجل سرق ذهبًا أو فضة فصاغه دراهم أو دنانير أو قلبًا أو حليًا، فإنه يقطع ويرده إلى المسروق منه عند أبي حنيفة، وعندهما لا سبيل للمسروق منه؛ لأن بهذه الصنعة لا ينقطع حق المالك عنه عنده وعندهما ينقطع كما هو الخلاف في الغصب، ثم قيل عندهما: لا يقطع السارق وقيل يقطع؛ لأن السارق ما ملك عين المسروق؛ لأن بالضرب والصنعة صار عينا أخرى.

ولو سرق ثوبا فصبغه أحمر فقطع لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن عندهما.

وقال محمد: يؤخذ منه الثوب ويعطي ما زاد الصبغ فيه؛ لأن الثوب قائم من كل

وجه والصنع لا يستهلك بوجه ما ولا ينقطع حق المالك؛ لأن حق صاحب الثوب أصل وحق السارق في الصبغ بيع فكان بملك البيع باعتبار ملك الأصل أولى كما لو صبغ الغاصب.

لهما: أن حق السارق في الصبغ قائم من كل وجه، ولهذا يضمن المالك إذا أخذه قيمة ما زاد الصبغ فيه وحق المسروق منه في الثوب هالك من وجه، فإنه ليس بمتقوم في حق السارق حتى لو أتلفه لا يضمن ويرجح القائم من كل وجه على القائم من وجه كما في الخياطة بخلاف الغاصب؛ لأن حق المالك في الثوب قائم من كل وجه عينا وقيمة فاستويا ويرجح حق المالك؛ لأنه صاحب الأصل والغاصب صاحب البيع.

ولو صبغه أسود أخذ منه الثوب عندهما خلافًا لأبي يوسف؛ لأن عند أبي حنيفة السواد نقصان والمسروق إذا انتقص عند السارق لا ينقطع حق المالك عنه وعندهما السواد زيادة، لكن عند محمد لا ينقطع حق المالك بمثل هذه الزيادة كما في الحمرة، وعند أبي يوسف ينقطع كما في الحمرة.

ولو سرق ثوبا وقطعه وخاطه ينقطع عند المالك عن الثوب ولا يضمن قيمته للمالك كما في الغصب.

(**المنتقى**): ابن رستم عن محمد: رجل سرق ثوبا فغصبه آخر منه قال يقطع السارق ويضمن المسروق منه الغاصب قيمة ثوبه إن كان هالكا؛ لأنه لم يسقط عصمته ويقومه في حق غير السارق فقد غصب مالًا معصومًا متقومًا فيضمن قيمته للمالك.

(باب إقامة القطع في السرقة)

(**المبسوط**): السارق تقطع يده اليمنى بالإجماع لقراءة ابن مسعود رضي الله عنه: "فاقطعوا أيمانهما" وهو قرأه قرآنًا، فإن لم يثبت قرآنًا لفقد شرطه وهو التواتر ولا يتقاعد عن الخبر المشهور، والزيادة على الكتاب بالخبر المشهور جائز، وفي المرة الثانية: تقطع رجله اليسرى. وفي المرة الثالثة والرابعة: لا تقطع ولكنه يحبس حتى يموت.

وقال الشافعي: يقطع في المرة الثانية يده اليسرى وفي الثالثة رجله اليمنى.

والصحيح قولنا؛ لأن القطع في المرة الثالثة تضمن إهلاك النفس من وجه وهو تفويت جنس المنفعة وهي منفعة البطش والأخذ؛ لأن قوام النفس بقيام أجناس منافعها، فإذا فات جنس منفعة منها صارت هالكة من وجه لا بفوات منفعة البطش والأخذ يفوت نصف مصالح بدنه وهو الأكل والشرب والغسل والتطهير ولما يتعلق بها من الصنعة والحرفة فصارت نفسه هالكة من وجه وحد السرقة شرع زاجرًا ورادعًا لا متلفًا مهلكًا؛ لأن الحدود شرعت زواجر عن ارتكاب الكبائر لا متلفة للنفوس المحترمة؛ لأن إهلاك النفس غير مستحق عليه بما شرع حدًّا خصوصًا بإزاء أخذ مال حقير وكل قطع يؤدي إلى تفويت جنس المنفعة يكون إتلافًا فلا يشرع حدًّا، والقطع في المرة الأولى والثانية لم يتضمن إتلافا فصلح حدًّا فشرع زاجرًا والحديث في هذا الباب غير ثابت؛ لأن الصحابة اختلفوا في هذه المسألة، ولو كان فيها حديثًا صحيحًا لاحتج به بعضهم على البعض ولما ساغ لهم الاختلاف في محل النص دل ذلك على أنه ليس فيها حديث صحيح مقبول، ولو كانت يده اليمنى للسارق ذاهبة أو مقطوعة تقطع رجله اليسرى من المفصل، وإن كانت رجله اليسرى مقطوعة فلا قطع عليه؛ لأنه يؤدي إلى إتلاف النفس بتفويت أكبر منافعها وتضمن السرقة ويحبس حتى يتوب، ولو كانت يده اليمنى صحيحة لكن اليسرى مقطوعة أو شلاء أو مقطوعة إصبعين سوى الإبهام لا تقطع يده اليمنى ولا رجله اليسرى؛ لأنه يذهب أحد شقيه بكماله، وإن كانت مقطوعة إصبع واحدة سوى الإبهام تقطع يده اليمنى؛ لأنه لا يؤدي إلى التلف؛ لأن فواتها لا يوجب خللا بما بقي في منفعة البطش بخلاف الكفارة، فإن فوات الإصبعين لا يمنع جواز الكفارة وهنا فوات إصبعين يمنع وجوب القطع والفرق أن في فوات أكبر الأصابع حقيقة الهلاك؛ لأنه يفوت به منفعة البطش وفي فوات الإصبعين شبهة الهلاك؛ لأنه يختل وتنقص المنفعة، والشبهة ملحقة بالحقيقة في حق درء العقوبة احتيالا لدرئها ولا تلحق الشبهة بالحقيقة في حق الكفارة لأنها عبادة يحتاط لإيجابها فاعتبرنا فيها حقيقة الهلاك.

ولو كانت رجله اليمنى مقطوعة الأصابع، فإن كان يستطيع القيام والمشي عليها تقطع يده اليمنى، وإن كان لا يستطيع لا تقطع؛ لأن منفعة الرجل هو المشي قد يفوت بقطع الأصابع وقد لا يفوت فيجب النظر فيه أنها قائمة أم فائتة بخلاف اليد؛ لأن فوات منفعة البطش والعمل بفوات الأصابع كلها ثابت بيقين فلا يحتاج فيه إلى التجربة أنها قائمة أم فائتة إلا أن فوات أكبر الأصابع قائم مقام الكل؛ لأن بفوات أكبر الأصابع تفوت منفعة البطش كما يفوت بالكل.

ولو كانت اليد اليمنى للسارق شلاء أو مقطوعة الأصابع تقطع في ظاهر الرواية؛ لأن المستحق بالنص قطع يده اليمنى دون اليسرى واستبقاء الناقص بالكامل جائز عند تعذر استيفاء الكامل مع أن النص أوجب وقطع اليد مطلقا.

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب: أن عند أبي يوسف لا يقطع؛ لأن الواجب بالكتاب قطع مطلق اليد ومطلق اسم اليد ينصرف إلى الكاملة دون الناقصة إلا بالإرادة كما في قوله: كل مملوك لي فهو حر لم يدخل تحته المكاتب إلا بالنسيئة، وكذلك اليد الناقصة لا تدخل تحت مطلق اسم اليد.

ولو قطع قاطع يمين السارق قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص في العمد والأرش في الخطإ وتقطع رجله اليسرى في السرقة، وكذلك بعد الخصومة قبل القضاء إلا أنه لا تقطع رجله في السرقة؛ لأن بعد الخصومة تعين الواجب في اليمين فصارت ذاهبة قبل وجوب القطع فيه فوجب القطع في رجله اليسرى، وإن كان بعد القضاء فلا شيء على القاطع ويكون قطعه عن السرقة لأنها صارت مستحقة الإتلاف، ولو قال القاضي للحداد: اقطع يد السارق فقطع يده اليسرى فلا ضمان عليه خلافًا لزفر؛ لأنه أمره بقطع يده مطلقا، ولو قال: اقطع يده اليمنى فقطع يده اليسرى، فإن أخرج السارق يده وقال: هذه يميني فلا ضمان عليه؛ لأنه فعل بأمره، وكذلك إن قطع يساره خطأ لا يضمن؛ لأنه لما سكت السارق ولم يخبره بأنها يساره صار باذلًا له اليسار ليقطعها والبذل يسقط ضمان الأطراف، فإن قطعها عمدًا فلا شيء عليه عند أبي حنيفة وعندهما يضمن؛ لأنه تعمد الظلم ولا يعذر كالقاضي إذا تعمد الجور في حادثة يضمن وكما لو قطع رجله اليمنى، وإن أتلف إلى خلف

بعدله وهو اليد اليمنى له أنه أتلف وأخلف خيرًا؛ لأن اليد اليمنى بالسرقة صارت على شرف الفوات فصار كالفائت من حيث الاعتبار وإنما سلمت له اليمنى بقطع اليسرى والإتلاف إلى خلف يعدله لا يوجب الضمان كما لو شهد شاهدان على إنسان ببيع عبد قيمته ألف بألف أو بعتق عبد بمثل قيمته أو أكثر ثم رجعا لا يضمنا وكذا هذا ثم عنده هذا القطع يكون عن السرقة عند بعضهم؛ لأنه لو قطعت يده اليمنى يؤدي إلى الإتلاف وهو تفويت جنس المنفعة، وقال بعضهم: لا يكون عن السرقة؛ لأنه غير مأمور به، ولو قطع غيره يده اليسرى ففي الخطإ يجب الدية وفي العمد القصاص ويسقط عنه القطع في اليمنى؛ لأنه لو قطع يؤدي إلى الهلاك.

(باب إثبات السرقة بالإقرار أو بالبينة)

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: في إقرار واحد بسرقة.

والثاني: في إقرار اثنين بسرقة مال واحد.

والثالث: في إقرار العبد بسرقة.

(فصل)

ولو أقر بسرقة مرة تقطع عندهما، وقال أبو يوسف: لا يقطع ما لم يقر مرتين؛ لأن القطع حق الله تعالى على الخلوص فيعتبر عدد إقراره بعدد الشهادة كالزنا وذلك لأنها كبيرة قبيحة وجريمة رذيلة فيحتال لدرئها وسترها باشتراط العدد في الإقرار بها ولا يحتال لإظهارها وإشاعتها، ولهذا لو رجع عن الإقرار بالسرقة قبل رجوعه.

لهما: ما رُوي **"أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالقطع على سارق رداء صفوان بالإقرار مرة"**(١) ولأن هذا إقرار عارٍ عن التهمة؛ لأنه صدر عن عقل

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ٨٨/٧ - ٨٩، والمبسوط ١٨٧/٩، وشرح الزرقاني ٨٩/٨، والمهذب ٢٦٤/٢ - ٢٨٢، والمغني والشرح الكبير ٢٧٧/١٠، ومعالم السنن ٣٠٠/٣.

وطمأنينة وطواعية فالجريمة الرذيلة موجبة للعقوبة وليس للتكرار فيه فائدة فلا معنى لاشتراطه مرة بعد مرة وفي الإقرار بالزنا شرطنا العدد نصًا لا قياسًا ولا يصح قياس غيره عليه ولا يقطع ما لم يصدقه المقر له؛ لأن حقه متعلق بالسرقة حتى لا يثبت بدون دعواه ويبطل الإقرار برده، فإن رجع عن إقراره وعمل رجوعه؛ لأن الرجوع منه أورث شبهة وتهمة في الإقرار والشبهة دارئة للحد كما في الزنا وشرب الخمر ولم يصح رجوعه في حق المال؛ لأنه يثبت مع الشبهة.

ولو قامت الشهادة على إقراره بالسرقة وهو يجحد لا يقطع؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت بالمعاينة، ولو ثبت إقراره بالمعاينة ثم رجع عنه عمل رجوعه فكذا إذا ثبت بالبينة، وكذلك إذا سكت ولم يكذبهم ولم يصدقهم؛ لأن السكوت عند الشهادة جعل إنكارًا حكمًا.

ولو قال: سرقت من هذا مائة درهم، ثم قال: أوهمت إنما سرقت من الآخر لا يقطع لواحد منهما؛ لأن رجوعه عن الإقرار للأول إن عمل في حق القطع لم يعمل في حق المال حتى لزمه رده إلى الأول فبقيت سرقة هذا المال من الأول من وجه فيتمكن شبهة انتفاء السرقة من الثاني؛ لأنه لا يتصور أن يصير المال الواحد مسروقا من الأول ومن الثاني على الكمال فبقاء السرقة في حق الأول أورث شبهة العدم في حق الثاني ويرد المال إلى الأول ويضمن مثله للثاني؛ لأنه لم يصح رجوعه عن الإقرار في حق المال وقد أقر أنه أخذ هذه المائة من الثاني بغير حق وقد عجز عن ردها فيضمن مثلها للثاني وصار كما لو أقر أنه غصب هذه المائة من فلان ثم قال لا بل من فلان ضمن مثلها للثاني فكذا هذا.

(فصل)

رجلان أقرا بسرقة مائة درهم، ثم قال أحدهما: هو مالي لا يقطع واحد منهما؛ لأنه متى رجع أحدهما عن الإقرار بالسرقة بطل الحد عن الراجع فأورث ذلك شبهة في حق الشريك الآخر لضرورة استوائهما في السرقة.

ولو أقر أنه سرق مع هذا الصبي أو مع أخرس لا يقطع لأن السرقة من الصبي والأخرس غير موجبة للقطع فيورث شبهة عدم الثبوت، فلو أقر أنه سرق من رجل

مائة درهم فقال لم يسرقها هذا ولكن أنا سرقتها فصدق المسروق منه الأول وكذب الثاني يقطع الأول؛ لأن إقرار الثاني لا يورث شبهة الكذب وتهمة الغلط في الإقرار الأول؛ لأن الإنسان لا يقر بالحد على نفسه كاذبا والغلط لا يتصور في إقراره؛ لأن من لم تؤخذ منه السرقة لا يتوهم نفسه سارقا غلطا فصار وجود إقرار الثاني وعدمه بمنزلة، بخلاف ما لو شهد اثنان أنه سرق هذا المال من هذا الرجل والمسروق منه يدعي السرقة على الأول لا يقطع الأول؛ لأن شهادة الآخرين تمكنت شبهة الكذب والغلط في شهادة الأولين؛ لأن الشاهد قد يشهد كاذبا وغالطا، ولو أقر بسرقة مال بعينه من زيد ثم قال لا بل سرقتها من عمرو لا يقطع لو أخذ منهما؛ لأن الغلط مما يقع في حق المسروق منه بجواز أنه سرق من بيت زيد فيظنه بيت عمرو فصار كالشهادة، فإن قال المسروق منه بعدما صدق الأول لم يسرقها الأول وسرقها الثاني لا يقطع واحد منهما لجواز أن يكون صادقا في تكذيبه كاذبا في تصديقه فتمكنت شبهته في إقراره للثاني ولا يقضي بالمال على الأول ويقضي على الثاني بالمال؛ لأن تكذيب السابق لا يبطل الإقرار اللاحق والتكذيب اللاحق يبطل الإقرار السابق وتكذيبه الأول بعد إقراره فيبطل إقراره، وتكذيبه الثاني سابق على إقرار الثاني فلا يبطله. ولو صدقهما جميعًا لا يقطعان ويقضي بالمال على الثاني دون الأول؛ لأن الأول كذبه في إقراره لما صدق الثاني والثاني كذبه قبل تصديقه حين صدق الأول وقد احتمل أن يكون صادقا في تكذيبه السابق فيتمكن شبهة الكذب في حق الثاني، ولو قال سرقته من فلان فقال فلان لم يسرقه ولكن غصبه لا يقطع ويقضى بالمال استحسانًا؛ لأنهما اتفقا على أصل الأخذ واختلفا في صفته أنه كان غصبا أو سرقة فيثبت ما اتفقا عليه دون ما اختلفا فيه، كما لو قال لفلان عليّ ألف درهم فقال المقر له لا بل غصبت يقضى عليه بالمال بخلاف ما لو قال لم تسرقه وسكت ثم قال بل غصبته مني لا يقضى بالمال؛ لأن بقوله بل غصبته بين أنه أراد به التكذيب في صفة الأخذ لا في أصله فكان هذا بيان تقرير في حق أصل الأخذ يعتبر في حقه صفته فيصح مفصولا لا موصولا، ولو قال سرقت أنا وفلان من فلان هذا المال وقال الآخر لم أسرق الثوب والثوب ثوبنا لا يقطع واحد منهما؛ لأن المدعي للثوب لما

قال الثوب ثوبنا فقد أقر للمقر بالشركة في هذا الثوب المسروق فصح إقراره بالشركة؛ لأن الثوب في أيديهما، ولو صدقه الآخر تثبت حقيقة الشركة بينهما في الثوب، فإذا كذبه تثبت له شبهة الشركة في المسروق والشبهة كافية لدرء الحد، وإن قال لم أسرق ولا أعرف هذا الثوب يقطع المقر عندهما، وقال أبو يوسف أحب إلي أن لا يقطع المقر ونظيرها لو قال زنيت بفلانة وأنكرت فلانة لا يجب الحد على المقر عند أبي حنيفة خلافًا لهما. محمد سوَّى بينهما وأوجب الحد على المقر فيهما، وأبو يوسف فرق بينهما وأوجب الحد على المقر بالزنا ولم يوجب على المقر بالسرقة، وأبو حنيفة أوجب الحد على المقر بالسرقة ولم يوجب الحد على المقر بالزنا، لمحمد أن المقر أقر على نفسه وعلى غيره بفعل يتم به وحده؛ لأن السرقة تتصور من المقر بدون فعل الآخر والزنا يتصور من الرجل بدون فعلهما وهو التمكين بأن كانت مجنونة أو صبية وإذا تم بدون فعل الآخر فعدم الثبوت في حق المنكر لا يورث شبهة عدم الثبوت في حق المقر، كما لو قال قتلت مع فلان فلانًا عمدًا وأنكر فلان يقبل المقر وكذا هذا. لأبي يوسف أن المقر أقر بسرقة مشتركة فيثبت سرقة مشتركة في حق المقر ويسقط الحد عن شريكه لإنكاره فسقوط الحد عن شريكه يورث شبهة في حقه؛ لأن الشركة في الفعل تقوم بهما بخلاف الزنا؛ لأن ليس من ضرروة سقوط الحد عنها سقوطه عن الرجل كما لو زنا بمجنونة أو صغيرة وأبو حنيفة فرق بينهما وهو أن السرقة فعل يتم به وحده ويتحقق بدون المشاركة، فإذا أقر على نفسه وعلى غيره بالسرقة يؤاخذ المقر بإقراره، كما لو قال قتلت مع فلان فلانًا عمدًا وأنكر فلان يقبل المقر.

وأما الزنا فعل لا يتم به وحده، وبالمرأة هو تمكينها من الزنا ولم يثبت تمكينها لإنكارها فلم يثبت زناها فعدم الزنا منها أورث شبهة عدم الزنا في حقه وليس كما لو أقرا بالسرقة ثم رجع أحدهما؛ لأن الشركة في السرقة تثبت بإقرارهما جميعًا ثم سقط الحد عن الراجع فيسقط عن الآخر؛ لأن الشركة في السرقة تقتضي المساواة وهنا الشركة في السرقة لم تثبت في المنكر فلم تثبت الشبهة لعدم الشركة.

(فصل)

ولو أقر العبد المأذون والمكاتب بالسرقة يصح إقراره ويقطع والمال للمسروق منه إن كان قائمًا ولا ضمان عليه إن كان هالكا صدقه مولاه أم كذبه.

وقال زفر: لا يصح إقراره؛ لأنه يوجب استحقاق رقبته على مولاه فيتضرر به المولى وأنه غير داخل تحت الإذن.

لنا: أنه مبني على أصل الحرية في حق النفسية وإنما صار مملوكا للمولى من حيث المالية، ألا ترى أن المولى لو أقر عليه بالحدود والقصاص لا يصح؛ لأن نفسه غير مملوكة له في ذلك وفيما بقي العبد على أصل الحرية يصح إقراره، وإن كان محجورا عليه والمال هالك تقطع يده ولا ضمان عليه، وإن كان المال قائمًا، فإن صدقه مولاه فكذلك وإن كذبه قال أبو حنيفة: يقطع والمال للمسروق منه، وقال أبو يوسف والشافعي: يقطع والمال للمولى، وقال محمد وزفر: لا يقطع والمال للمولى. له: أن إقراره لا يصح فيهما؛ لأن خصومة المالك إنما تصح في حق المال لا في حق القطع وإقرار المحجور بالمال لا يصح مقصودًا فلا يصح في حق القطع أيضًا؛ لأن المال أصل في السرقة والقطع تبع له؛ لأن القطع لا يجب إلا بأخذ مال معصوم، فإذا لم يصح إقراره في حق الأصل لا يصح في حق التبع، لأبي يوسف: أن إقراره بالمال إن لم يصح في حق استيراد المال بسبب التهمة يصح في حق القطع لعدم التهمة؛ لأن العاقل لا يقر بالحد على نفسه كاذبا، لأبي حنيفة: أنه متى صح إقراره في حق القطع لكونه مبقي على أصل الحرية في حق النفسية أو لانتفاء التهمة وجب أن يصح في حق المال ضرورة؛ لأن من ضرورات وجوب القطع أن يكون المال للمسروق منه؛ لأنه لا يتصور السرقة إلا بأخذ المال خفية.

(المنتقى): رجل قال سرقت من مال فلان مائة درهم لا بل عشرة دنانير ويضمن مائة درهم إذا ادعى المقر له المائتين وهذا قول أبي حنيفة؛ لأنه رجع عن الإقرار بسرقة مائة وأقر بسرقة عشرة دنانير فصح الرجوع عن الإقرار بالسرقة الأولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الإقرار بالسرقة الثانية في حق القطع ومتى وجب القطع انتفى الضمان، وإن قال سرقت مائة لا بل مائتين قطع ولم

يضمن إذا ادعى المقر أحد المائتين؛ لأن المائة الأولى لا يدعيها المقر له بخلاف المسألة الأولى لو قال: سرقت منه مائتي درهم لا بل مائة لم يقطع وضمن المائة؛ لأنه رجع عن الإقرار بسرقة مائتين فلم يجب القطع ووجب الضمان ولم يصح الإقرار بسرقة مائة؛ لأنه لم يدع المسروق منه.

ولو قال: سرقت من هذا عشرة دراهم لا بل سرقت من هذا عشرة دراهم.

قال أبو حنيفة وأبو يوسف: أضمنه للأول عشرة وأقطعه للثاني وهذا رجوع من أبي يوسف إلى أن الإقرار بالسرقة يصح بمرة عنده.

ولو قال: سرقت من هذا عشرة دراهم بل سرقتها من هذا، قال: أضمنه لكل واحد عشرة ولا أقطعه؛ لأنه أقر بسرقتين في حق مال واحد وقد صح رجوعه عن السرقة الأولى فوجب ضمانه أولا، ومتى وجب ضمان المال انتفاء وجوب القطع لأنهما لا يجتمعان. رجل قال لرجل: سرقت منك عشرين درهما لا بل عشرة لا قطع عليه عند أبي حنيفة؛ لأن كلمة لا بل استدراك الغلط فقد وقع الشك والغلط في مقدار المسروق فلا يثبت واحد منهما ولا يجب القطع، وقال أبو يوسف: أقطعه؛ لأن الأقل وهو العشرة ثابت بيقين. بشر عن أبي يوسف: إذا قال سرقت عشرة دراهم لا بل تسعة فلا قطع عليه في قياس قول أبي حنيفة؛ لأن التسعة صارت دينا عليه قبل أن يقر بالعشرة.

(باب ما يضمن السارق وما لا يضمن واسترداد المال منه)

(**المبسوط**): قطعت يد سارق وقد هلك المسروق في يده أو استهلكه لم يضمن خلافًا للشافعي، وكذلك إذا زنا بامرأة مكرهة يقام عليه الحد ولا يغرم العقر خلافًا له لقوله عليه السلام: "**لا غُرْمَ عَلَى السَّارِقِ بعدما قطعت يمينه**"[1]، ولأن السرقة

---

(١) أخرجه النسائي ٩٢/٨، وفي «الكبرى» (٧٤٣٥) قال: أخبرني عمرو بن منصور، قال: حدثنا حسان بن عبد الله، قال: حدثنا المفضل بن فضالة، عن يونس بن يزيد، قال: سمعت سعد بن إبراهيم، يحدث، عن المسور بن إبراهيم، فذكره.

وردت على مال غير معصوم حقًّا للعبد؛ لأن المال كان معصومًا بعصمة واحدة وبقيت العصمة الثانية حقا للعبد؛ لأن الله تعالى خلق الأموال مباحة تمكينًا للعباد من دفع حوائجهم وتحقيق مصالحهم وإنما تثبت العصمة الواحدة بالإحراز حقًّا للعبد لدفع منازعة الغير ومزاحمته في الانتفاع بملكه وقد انتقلت هذه العصمة إلى الله تعالى حالة السرقة لتنعقد السرقة جناية واردة على حق الله فتنعقد موجبة للقطع؛ لأن القطع حق الله تعالى على الخلوص وأخذ مال غير معصوم حقا للعبد لا يوجب الضمان. رجل سرق سرقات فحضر واحد وقطعه، ثم جاء الباقون وأثبتوا السرقة لا يضمن لهم شيئًا إذا هلك المسروق في يده أو استهلكه عند أبي حنيفة، وعندهما ضمن للباقين لا للحاضرين؛ لأن المسقط للضمان هو القطع والقطع يستوفى بإزاء سرقة الحاضر لا بإزاء سرقة الغائبين؛ لأن سرقة الغائب لم تثبت عند القاضي بخصومة الحاضر فأيهم لو حضروا وادعوا السرقة لا يثبت إلا بالبينة. له: أن القطع وقع عن السرقات كلها؛ لأن السرقات كلها ثابتة في علم الله تعالى إلا أنه لا يعلم القاضي إلا بالبينة، فإذا ثبتت السرقات كلها بالبينة ظهر للقاضي أن القطع كان بإزاء الكل والقطع يستوفي حقا لله ولا يجب بالسرقات كلها إلا قطع واحد فتقع عن الكل في علم الله تعالى كما في حد القذف إذا قذف جماعة وقضى بالحد لو أُخِذ وحُدَّ ثم جاء الباقون وأثبتوا قذفهم لا يحد ثانيا؛ لأن الحد وقع بإزاء الكل فكذا هذا[1].

(**الفتاوى**): رجل استقتلوه اللصوص ومعه مال لا يساوي عشرة، حل له أن يقاتلهم لقوله عليه السلام: "**قَاتِلْ دُونَ مَالِكَ**"[2] واسم المال يقع على القليل

---

(١) انظر: أحكام القرآن للجصاص ٨٤/٤، وفتح القدير ٤١٤/٥، وبدائع الصنائع ٨٤/٧، والمبسوط ١٥٧/٩.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٤٥٤/٩ (٢٨٦٢٤) قال: حدثنا أبو الأحوص. و«أحمد» ٢٩٤/٥ (٢٢٨٨٠) قال: حدثنا حسن، قال: حدثنا زهير. وفي (٢٢٨٨١) قال: حدثنا حسين بن محمد، قال: حدثنا سليمان بن قرم. و«النسائي» ١١٣/٧، وفي «الكبرى» (٣٥٣٠) قال: أخبرنا هناد بن السري في حديثه، عن أبي الأحوص (ح) وأخبرني علي بن محمد بن علي، قال: حدثنا خلف بن تميم، قال: حدثنا أبو الأحوص.

ثلاثتهم: (أبو الأحوص، سلام بن سليم، وزهير بن معاوية، وسليمان بن قرم) عن سماك بن حرب، عن قابوس بن المخارق، فذكره.

والكثير(١).

وفي (نوادر معلى): قال أبو يوسف: إن كان أقل من عشرة قاتل عليه ولا يقتله، وإن كان عشرة أو أكثر قتله، وكذلك لو وجد رجلًا مع امرأته أو جاريته أو مع محرم منه أن يزني بها بالقهر والغلبة عليها له أن يقتله، وإن كانت مطاوعة له في الزنا له قتلهما جميعًا.

وفي (نوادر ابن رستم): إن كان معه طعام أو ماء وهو يخاف على نفسه الجوع والعطش له أن يقاتله بالسيف، وإن كان لا يخاف على نفسه، فإنه يقاتله بغير سلاح حتى يأخذه من صاحب الطعام والماء، وإن كان صاحب الطعام والماء يحتاج إليه وهو ملكه فهو أحق به منه.

وفي (نوادر ابن سماعة) عن محمد: قال اللص: إذا كان يثقب البيت فرآه صاحب البيت صاحَ به، فإن ذهب وإلا له قتله.

وقال محمد: إذا رآه يثقب بيته فقتله يغرم ديته.

وقال أبو حنيفة: يسعه قتله ولا يغرم ديته.

وذكر ابن سماعة عن محمد: اللص إذا دخل دار رجل يريد سرقة ماله فعلم به صاحب الدار وعلم أنه لا يقدر أن يأخذه بيده له قتله سواء دخل عليه مكابرا أو غير مكابر فهو يريد أن يسرق ماله فقتله لا قود ولا دية عليه. لصوص وقفوا على قوم فأخذوا متاعهم فاستعانوا بقوم حتى خرجوا في طلبهم ينظر إن كان رب المتاع معهم أو غابوا لكن يقدرون على رد المتاع عليهم يحل لهم القتال؛ لأنه عليهم رد المتاع على أربابها، فإن لم يقدروا على رد المتاع عليهم لا يحل لهم القتال؛ لأن القتال لا يحل الاسترداد والرد على أربابها وقد تعذر ذلك.

---

(١) انظر: ابن عابدين ٣٥١/٥، والفتاوى الخانية ٤٤١/٣، وجواهر الإكليل ٢٩٧/٢، ومواهب الجليل ٣٢٣/٦، والدسوقي ٣٥٧/٤.

(باب قطاع الطريق)

(المبسوط): قاطع الطريق لا يخلو إما أن قتل وأخذ المال، أو قتل ولم يأخذ المال، أو أخذ المال ولم يقتل، فإن قتل وأخذ المال فالإمام يصلبه ولا يقطع يده ورجله من خلاف، وإن قتل ولم يأخذ المال يقتله ولا يصلبه، وإن أخذ المال ولم يقتل يقطع يده ورجله من خلاف ولا يقتله؛ لما روى محمد عن أبي يوسف عن الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهم قال: "وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويمر الأسلمي، فجاء أناس يريدون الإسلام فقطع عليهم أصحاب أبي بردة الطريق، فنزل جبريل عليه السلام بالحد فيهم".

وإن من قتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ المال قتل ومن أخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف، ومن جاء مسلمًا هدم الإسلام ما كان في الشرك وهذا دليل على أن المراد من كلمة أو في الآية الواو لا التخيير مجازا لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُطِعْ مِنْهُمْ ءَاثِمًا أَوْ كَفُورًا ﴿٢٤﴾﴾ [الإنسان: ٢٤] ومعناه ولا كفورا ولأن جناية قطاع الطريق متنوعة إلى مغلظة ومتوسطة ومخففة فيتنوع الجزاء كذلك؛ لأنه لا يجوز التسوية بين الجناية المغلظة وبين الجناية المخففة في الجزاء؛ لأن لغلظ الجناية أثرا في غلظ العقوبة ولخفتها أثر في تخفيفها والمراد من قوله تعالى: ﴿أَوْ يُنفَوْا مِنَ ٱلْأَرْضِ﴾ [المائدة: ٣٣] هو الحبس متى قطع الطريق بالتخويف والتفزيع لا النفي من كل بلد بلغ إليه فيطلبهم الإمام طلبا حثيثًا حتى يأخذهم فيحبسهم حتى يحدثوا توبة؛ لأن الإمام إنما صار مأمورًا بنفيهم ليندفع شرهم عن المسلمين بالكلية ودفع شرهم بالكلية إنما يتحقق بالحبس بعد الأخذ بالنفي والإبعاد عن كل بلد لأنهم ينتقلون من بلد إلى بلد وقيل وجب الطلب حتى يهربوا من الأماكن التي يتمكنون فيها من قطع الطريق ويقوم هربهم من ذلك المكان مقام الحبس بقدر الإمكان وفي الحبس إبعاد عن الأماكن التي يتمكنون فيها من قطع الطريق فيكون نفيًا والواحد لو كابر الطريق وأخذ المال فليس بقاطع للطريق؛ لأن بالواحد لا ينقطع الطريق؛ لأن المارة والسائلة لا يتركون المرور لأجل الواحد. وشرائط قطع

الطريق في ظاهر الرواية ثلاثة: وهو أن يكون قوما لهم شوكة وقوة ينقطع الطريق بهم وأن لا يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر لقطع الطريق إنما يكون بانقطاع المارة والسابلة، والمارة والسابلة لا يمتنعون عن التطرق في هذه المواضع لأنهم يلحقهم الغوث والإعانة من جهة الإمام أو المسلمين ساعة بعد ساعة ولا يترك المرور والاستطراق.

ورُوي عن أبي يوسف وهو قول الشافعي: لو كانوا في المصر ليلا أو فيما بينهم وبين المصر أقل من مسيرة سفر يجري عليهم أحكام قطاع الطريق والفتوى على هذا لمصلحة الناس وهي دفع شر المتغلبة المتلصصة. وإن قتلوا وأخذوا المال فالإمام بالخيار إن شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم صبرًا أو صلبًا، وإن شاء لم يقطع أيديهم وأرجلهم ولكن يقتلهم صبرًا أو صلبًا وهذا قول أبي حنيفة، وعندهما: لا يقطع ولكن يقتلهم صبرًا أو صلبًا، وقال: يقتل ثم يصلب ميتا.

لهما: أن قطع الطريق جناية متخذة والقطع والقتل كل واحد منهما حد على حدّه فلم يجر الجمع بين الحدين جزاء على الجناية المتخذة بل يدخل ما دون النفس في النفس لحد السرقة مع الرجم أو حد شرب الخمر مع القتل ولكن يجب التغليظ في وصف الجناية إذا تغلظت الجناية.

له: أن قطع الطريق جنايات متعددة متفرقة من وجه في حق من انقطع الطريق عليه؛ لأنه قتل نفس وأخذ مال من وجه باعتبار ذاته فوجب التخيير للإمام إن شاء جمع بين القطع والقتل على أنه حد واحد اعتبارًا لتعدد الجناية، وإن شاء لم يجمع ويغلظ في وصفه اعتبارا لجهة الاتحاد. وإذا أراد صلبه ذكر الكرخي أنه يصلبه حيا ثم يطعن تحت ثندوته اليسرى حتى يموت.

وذكر الكرخي: أنه يقتله أولا ثم يصلبه وهو قول الشافعي؛ لأنه إذا صلبه حيا فذلك مثلة وهو حرام والأول أصح؛ لأن المقصود هو الزجر والإيلام وزجره يحصل بالصلب حيا أكثر وأبلغ مما يحصل بالصلب ميتا كالرجم لما كان الزجر والألم بالرجم أكثر مما يحصل بالقتل حزًا بالسيف. شرع الحد في الزنا بالرجم لا بالقتل جزاء وفي ظاهر الرواية يترك على حسبة ثلاثة أيام ثم يخلى بينه وبين أهله ليدفنوه؛ لأنه يعتبر بعد هذه المدة فينادي به الناس.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه يترك على خشبة ليعتبر به غيره حتى يتقطع فيسقط والردء والمباشر سواء في الحد بأن ولي لقتل رجل منهم قتلوا جميعًا، وعند الشافعي لا يقتل إلا المباشر.

والصحيح قولنا؛ لأن الله تعالى علق هذا الجزاء بالمحاربة وبالسعي في الأرض بالفساد لا بالقتل لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا جَزَٰٓؤُاْ ٱلَّذِينَ يُحَارِبُونَ ٱللَّهَ وَرَسُولَهُۥ وَيَسْعَوْنَ فِى ٱلْأَرْضِ فَسَادًا﴾ [المائدة: ٣٣] وقطع الطريق إنما يحصل بالمحاربة والقتال لأنهم يأخذون المال جهارًا من الملاك فلا يمكنهم إلا المحاربة والردء في الحرب والقتال كالمباشر؛ لأن الردء إنما يقف ليقتل إذا وجد الفرصة ويمكن من المباشرة فاعتبر مباشرًا؛ ولأن الردء ساعٍ في الأرض بالفساد كالمباشر، ولهذا يباح قتل ردء أهل البغي وأهل الحرب، فإن قتلوا وأخذوا المال ثم تابوا وأصلحوا ولم يردوا المال قبل الأخذ والمواقعة سقط عنهم الحد ويقتل قصاصًا، وفي السرقة الصغرى إذا تاب ولم يرد المال يقطع؛ لأن الله تعالى استثنى التائب في قطع الطريق ممن يقام عليه الحد بقوله: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ تَابُواْ﴾ [المائدة: ٣٤] ولا يبقى داخلا تحت إيجاب الحد وفي السرقة الصغرى لم يستثن التائب من الجملة وإنما ذكر التائب على سبيل الابتداء بقوله تعالى: ﴿فَمَن تَابَ مِنۢ بَعْدِ ظُلْمِهِۦ وَأَصْلَحَ﴾ [المائدة: ٣٩] وليس من ضرورة التوبة والمغفرة سقوط الحد عنه كسائر الحدود ولا يسقط بالتوبة، ولو قتلوا وأخذوا المال فأصاب كل واحد منهم أقل من عشرة دراهم يقتل قصاصًا لا حدًّا ولا يجب القتل على قاطع الطريق بأخذ المال ما لم يكن المأخوذ نصابا؛ لأنه معلق بأخذ مال مقدر وهو النصاب كما في السرقة الصغرى ومتى تعذر إيجاب القطع تعذر إيجاب القتل حدًّا كاملا؛ لأنه انضمت إلى جناية القتل جناية أخرى وهو أخذ المال، وإن كان دون النصاب مع جناية أخرى وانضمت إليه لا يمكن أن يجعل القتل حدًّا كاملا كما إذا كان المأخوذ نصابا فجعل قصاصًا.

(العيون): عشر نسوة قطعن الطريق وأخذن المال قُتِلنَ وضَمِنَّ المال لأنهن قتلن وأخذن المال. عشرة قطعوا الطريق وفيهم امرأة فتولت المرأة القتال فقتلت وأخذت المال ولم يفعل ذلك الرجال يقتل الرجال دون المرأة عند أبي يوسف؛ لأن القتال

وجد من الرجال؛ لأن المرأة إنما قابلت بسبب مظاهرتهم وقوتهم وشوكتهم لا بوحدتها إلا أن القتل من المرأة اعتبر شرطًا ليغلظ حراب الرجال، وإذا اعتبر قتلها شرطًا في حق الرجال لا يعتبر علة الوجوب في حقها، وقال أبو حنيفة ومحمد: أدرأ عنهم الحد؛ لأنه لم يوجد من الرجال القتل وأخذ المال فامتنع وجوب الحد عليهم لأنهم ليسوا بردءٍ أو معاون لها في شيء وقتال المرأة وأخذها المال بسبب مظاهرة الرجال وقوتهم فأورث ذلك شبهة في درء الحد عنها. رجل خرج قاطعا للطريق على أن يسلب أمتعة الناس ويقتلهم إن استقبله الناس، فاستقبله الناس فقتلوه لا شيء عليهم لأنهم قتلوه لأجل قتالهم، وإن فر الرجل من هؤلاء إلى موضع لا يقدر على قطع الطريق ثم قتلوه كان عليهم الدية لأنهم قتلوه لا لأجل مالهم بل قاصدًا لا دافعًا.

كتاب الغَصْبِ

يحتاج إلى معرفة: تفسير الغصب لغة وشريعة، وركنه، وشرطه، وأنواعه، وحكمه.

أما تفسيره:

فالغصب لغة: عبارة عن أخذ مال الغير على سبيل التغلب والسلطنة قال الله تعالى: ﴿وَكَانَ وَرَآءَهُم مَّلِكٌ يَأْخُذُ كُلَّ سَفِينَةٍ غَصْبًا ﴿٧٩﴾﴾ [الكهف: ٧٩] أي: أخذ بطريق القهر والغلبة.

وفي الشريعة: عبارة عن أخذ مال متقوم معصوم محترم قابل للنقل والتحويل على وجه يتضمن تفويت يد المالك.

وعند محمد: تفويت المالك لا غير.

وعند الشافعي: إثبات اليد العادية لا غير.

والصحيح قولنا؛ لأن أخذ الضمان من الضمير إتلاف ماله عليه بإخراجه من أن يكون منتفعًا في حقه بإعجازه عن الانتفاع بسد طريق الانتفاع وحسم بابه عليه والإتلاف يستدعي سابقة الإتلاف تحقيقًا للمعادلة والإنصاف والإتلاف معنى بإزالة يد المالك وقصر يده عن ماله ثم كونه قابلا للنقل والتحويل شرط عندهما خلافًا لمحمد حتى إن العقار الذي لا يستطاع نقله وتحويله لا يضمن بالغصب عندهما.

وعند محمد والشافعي: يضمن.

وصورته: إن من سكن دار غيره بغير إذنه ثم خربت الدار أو غرق العقار لا يضمن خلافًا لهما.

لمحمد: أن إثبات اليد العادية على وجه يتضمن إزالة اليد المحقة يتصور في العقار؛ لأن اجتماع اليدين المتمانعين المتدافعين على شيء واحد لا يتصور، فإذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت يد المالك ضرورة؛ لأنه قصرت يده المتصرفة والمتقلبة فيه وعجز عن الانتفاع والارتفاق لاحتواء اليد العادية عليه.

لهما: أن الغصب إنما انتهض موجبا للضمان باعتبار كونه إتلافا للعين معفي لما بينا والإتلاف معنى في العقار لا يتحقق؛ لأن المالك إنما يعجز عن الانتفاع بالمحل بواسطة النقل والتحويل بالتعييب والتبعيد عنه ولا يظفر المالك بماله ولا يمكنه إعادة اليد عليه والعقار يقرب منه أمكنه إعادة اليد عليه ويتهيأ له الانتفاع بالاستعانة من القاضي وغيره ولا يتصور إتلاف العقار معنى فلا ينعقد موجبا للضمان.

وأما ركنه وشرطه: فقد اندرج في تفسيره.

وأما حكمه: فوجوب رد المغصوب إن كان قائمًا ومثله أو قيمته إن كان هالكا.

(باب معرفة حكم الغصب)

(المبسوط): الغصب على ضربين:

أحدهما: لا يتعلق به المأثم كمن أتلف مال الغير وهو يظن أنه له أو اشترى متاعًا وهو يرى أنه لصاحب اليد فقبضه وتصرف فيه ثم تبين له أنه مستحق ولا إثم عليه، وكذلك إن ملكه بوجه من الوجوه ببدل أو بغير بدل لقوله عليه السلام: "**رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**"[١].

والثاني[٢]: ما يتعلق به المأثم وهو ما أخذه على وجه التعدي والتغلب فهو آثم بأخذه وإمساكه وعليه رد العين في الوجهين إن كان قائمًا لقوله عليه السلام: "**على اليد ما أخذت حتى ترد**"[٣]. أي: ضمان ما أخذت. وقال عليه السلام: "**لا يأخذ**

---

(١) أخرجه الطبراني (٩٧/٢، رقم ١٤٣٠) قال الهيثمي (٢٥٠/٦): فيه يزيد بن ربيعة الرحبي وهو ضعيف. وأخرجه أيضًا: الطبراني في الشاميين (١٥٢/٢، رقم ١٠٩٠).

(٢) انظر: بدائع الصنائع ١٤٨/٧ دار الكتاب العربي ١٩٨٢م، والبهجة في شرح التحفة ٣٤٥/٢ ط. مصطفى البابي الحلبي ١٩٥١م، الطبعة الثانية، ونهاية المحتاج ١٠٥/٥ ط. مصطفى البابي الحلبي ١٩٦٧م، وكشاف القناع ٧٨/٤ ط. عالم الكتب ١٩٨٣م.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ١٤٦/٦ (٢٠٩٤١) قال: حدثنا عبدة بن سليمان. و«أحمد» ٨/٥ (٢٠٣٤٦) قال: حدثنا محمد بن جعفر، ومحمد بن بشر. وفي ١٢/٥ (٢٠٣٩٣) قال: حدثنا عبد الوهاب الخفاف. وفي ١٣/٥ (٢٠٤١٨) قال: حدثنا يحيى بن سعيد. و«الدارمي» (٢٧٥٩) قال: أخبرنا محمد بن المنهال، قال: حدثنا يزيد بن زريع. و«ابن ماجه» (٢٤٠٠) =

أحدكم متاع صاحبه لاعبًا ولا جادًا، فإذا أخذ أحدكم غصبًا من صاحبه فليرده عليه"[(١)].

وإن كان هالكًا أو عجز عن رده بإباق العبد ونحوه، فإن كان مثليا كالمكيل والموزون والمعدودات المتقاربة ضمن مثله لقوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَٱعْتَدُوا۟ عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا ٱعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] ولأن الواجب ضمان الخبر لما بينا والخبر من كل وجه إنما يتحقق بإيجاب المثل للمعادلة والانتصاف فيه، وإن لم يكن مثليا كالمذروعات والحيوانات والعدديات المتفاوتة ضمن قيمته؛ لأن قيمة الشيء تماثله في المعنى وهي المالية وتخالفه في الصورة فمتى تعذر خبر الفائت بإيجاب المثل من كل وجه يجب خبر الفائت بإيجاب المثل معنى تحقيقًا للمعادلة بقدر الإمكان وسواء عجز عن رده بفعله أو بفعل غيره أو بآفة سماوية فعليه القيمة؛ لأن الضمان موجب الغصب وهلاك العين أو العجز عن رده شرط لوجوبه؛ لأن حق المالك في

=

قال: حدثنا إبراهيم بن المستمر، قال: حدثنا محمد بن عبد الله (ح) وحدثنا يحيى بن حكيم، قال: حدثنا ابن أبي عدي. و«أبو داود» (٣٥٦١) قال: حدثنا مسدد بن مسرهد، قال: حدثنا يحيى. و«الترمذي» (١٢٦٦) قال: حدثنا محمد بن المثنى، قال: حدثنا ابن أبي عدي. و«النسائي»، في «الكبرى» (٥٧٥١) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا خالد.

تسعتهم: (عبدة، وابن جعفر، وابن بشر، وعبد الوهاب، ويحيى، ويزيد، ومحمد بن عبد الله، وابن أبي عدي، وخالد بن الحارث) عن سعيد بن أبي عروبة، عن قتادة، عن الحسن البصري، فذكره.

(١) أخرجه أحمد ٤/٢٢١ (١٨١٠٥) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (١٨١٠٦) قال: حدثنا يزيد. وفي (١٨١٠٦م) قال: حدثنا يحيى بن سعيد. و«عبد بن حميد» (٤٣٧) قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. و«البخاري»، في «الأدب المفرد» (٢٤١) قال: حدثنا عاصم بن علي. و«أبو داود» (٥٠٠٣) قال: حدثنا محمد بن بشار، قال: حدثنا يحيى (ح) وحدثنا سليمان بن عبد الرحمن الدمشقي، قال: حدثنا شعيب بن إسحاق. و«الترمذي» (٢١٦٠) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا يحيى بن سعيد. خمستهم: (معمر، ويزيد بن هارون، ويحيى بن سعيد، وعاصم، وشعيب) عن ابن أبي ذئب، عن عبد الله بن السائب بن يزيد، عن أبيه، عن جده، فذكره.

رد عين ماله ولا يعدل عنه إلى القيمة إلا عند التعدد والقيمة إنما تجب جبرًا لحقه دفعا للضرر عنه وذلك لا يتفاوت بتفاوت أسباب الهلاك ويضمن قيمته يوم الغصب بالإجماع، وفي المثلي إذا لم يقدر على مثله بانقطاعه عن أيدي الناس كما لو غصب عنبا أو رطبا فانقطع عن أيدي الناس فعلى الغاصب قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة، وعند أبي يوسف يوم الغصب، وعند محمد يوم الانقطاع.

لأبي يوسف: إن الضمان إنما يجب بالغصب لا بالانقطاع ولا بالهلاك فيجب اعتبار القيمة يوم الغصب كما في المثلي.

لمحمد: إن الغصب كان موجبا للمثل دون القيمة وإنما يخرج من أن يكون موجبا للمثل ويصير موجبا للقيمة يوم الانقطاع فيعتبر يوم الانقطاع.

لأبي حنيفة: إن الغصب إنما يصير موجبا للقيمة بالقضاء؛ لأن هذا الغصب موجب للمثل دون القيمة وإن انقطع عن أيدي الناس؛ لأن وهم الوجود قائم ورجاء الوصول إليه غير منقطع واحتمال الوجود يكفي لبقائه موجبا للمثل لما فيه من الفائدة، ألا ترى أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض أو اشترى عبدًا فأبق قبل القبض لا ينتقض العقد لبقاء يوهم القدرة وكذا هذا وإنما يخرج من أن يكون موجبا للمثل ويصير موجبا للقيمة بالقضاء فتعتبر قيمته يومئذ بخلاف غير المثل؛ لأن القيمة تجب بالغصب إلا أن الهلاك شرط لوجوب القيمة ليتحقق العجز عن رد العين، فإذا تحقق العجز بالهلاك استند وجوب القيمة الغصب فيعتبر قيمته يومئذ. المضمونات تملك عند أداء الضمان مستندا إلى وقت الغصب خلافًا للشافعي حتى لو أبق العبد المغصوب فقضى القاضي عليه بالضمان ثم عاد من الإباق يعود على ملك الغاصب وإكسابه له وعنده يعود على ملك المالك واكتسابه له؛ لأن المالك لما ملك بدل المغصوب بكماله بدليل أنه ملك جميع التصرفات المختصة بالملك فيه من البيع والإعتاق وحل الوطء لو كانت جارية وجب أن يزول المبدل عن ملكه إلى ملك الغاصب تحقيقا للمعادلة ورعاية للمماثلة في باب المبادلة وبملك اكتسابه ولا يملك ولد المغصوبة؛ لأن الكسب بيع محض للكاسب؛ لأنه حصل بفعله وكسبه فظهر استناد ملك الأصل في حقه والولد ليس يتبع الأم من كل وجه بدليل أنه ينفرد بأحكامه فلم يظهر استناد ملك الأصل في حقه.

(باب ما يقع به الغصب وما لا يقع)

(المبسوط): [المضمونات تملك بأداء الضمان إلى وقت الغصب خلافًا للشافعي، حتى لو أتوا العبد المغصوب فقضى عليه القاضي الضمان ثم عاد من الإباق يعود على ملك الغاصب وإكسابه له، وعنده يعود على ملك المالك وإكسابه له لأن المالك لما ملك يدل المغصوب بكماله بدليل أنه يمتلك جميع التصرفات المختصة بالملك فيه من البيع والإعتاق وكل الوطء كانت حاوية وجبت أن يزول المبدل عن ملكه إلى ملك الغاصب تحقيقًا للمعادلة له ورعاية للمحاملة في باب المساءلة ويملك إكسابه، ولا يملك أنه لا يملك ولد المغصوبة لأن الغصب مع محض للمكاتب لأنه حصل بفعله وكسبه يظهر استناد ملك الأصل في حقه، فالولد ليس مع الأم من كل وجه بدليل أنه ينفرد بأحكامه فلم يظهر استناد ملك الأصل في حقه][(١)].

ولو أخذ المال بغير إذنه وهو ما يقبل النقل والتحويل ونقله يصير غاصبًا كما لو استخدم مملوك رجل بغير إذنه أو أرسله في حاجته أو ركب دابته أو حمل عليها شيئًا أو ساقها وهلكت فهو ضامن؛ لأن لهذا الفعل أثبت اليد الناقلة المتصرفة العادية المتعدية عليه وذلك يوجب إزالة يد المالك فيصير غاصبًا، وإن لم ينقل شيئًا مما يحتمل النقل كما لو جلس على بساط الغير أو هبت الريح بثوب إنسان وألقته في حجر إنسان ما لم ينقله ويمسكه لنفسه؛ لأنه لا يوجد إزالة يد المالك.

ولو ركب دابة رجل بغير إذنه ثم نزل فماتت ضمن على رواية الأصل.

والصحيح عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنه لا يضمن حتى يحولها عن موضعها وزوائد المغصوبة المنفصلة والمتصلة كالولد واللبن والصوف والسمن والحمال أمانة غير مضمونة إلا بإتلاف أو منع.

وقال الشافعي: هي مضمونة.

والصحيح قولنا؛ لأن الغصب إزالة يد المالك وقصر يده عنه وقد انعدمت إزالة

---

(١) مال بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

يد المالك عن الزوائد؛ لأنه ما وجد من الغاصب منع الزوائد عن المالك صريحا ولا دليلا؛ لأن غصب عين لا يدل على غصب عين أخرى حتى لو جاء المالك وطلب استردادها منه فمنعها عن التسليم يضمن بالإجماع؛ لأنه صار غاصبا بالمنع.

ولو باعها وسلمها إلى المشتري ففي المنفصلة بالخيار إن شاء ضمن المالك، وإن شاء ضمن المشتري قيمته يوم البيع والتسليم وفي المتصلة بأن غصب جارية تساوي ألفا فزادت عنده تساوي ألفين فباعها وسلمها فهلكت عند المشتري فللمالك أن يُضَمِّنَ الغاصب ألف درهم لا غير عند أبي حنيفة، وعندهما له أن يضمنه ألفي درهم قيمتها يوم القبض بالشراء. لهم: أن بالتسليم فوت إمكان الأخذ والاسترداد منه وتفويت إمكان الأخذ والاسترداد منه يجري مجرى الغصب في ضرب الإتلاف كغاصب الغاصب يضمن تفويت إمكان الأخذ من الغاصب الأول فكذا هذا. لأبي حنيفة: إن الغصب إزالة يد المالك وإزالة يد المالك في حق الزوائد المتصلة لا يتصور؛ لأن الإزالة تقتضي سابقة الإثبات ويد المالك لم تكن ثابتة على هذه الزوائد لاحتواء يد الغاصب عليها بواسطة ثبوت يده على الأصل لأنها لا تنفك عن الأصل فلا يتصور إفرادها عن الأصل بالغصب بخلاف الزيادة المنفصلة لأنها كما حدثت حدثت في يد المالك لتمكنه من الاسترداد والأخذ من الغاصب؛ لأنه لم يصدر منه منع المالك من أخذه فتحققت إزالة يده في حق الزيادة فأمكن إفرادها بالغصب، وكذلك لو استهلك الزوائد المتصلة في غير الآدمي لا يضمن الزيادة عنده خلافًا لهما وهو الصحيح.

وإن كان عبدًا أو أمة وقيمته يوم القتل ألفان ويوم الغصب ألف فقتله هو أو غيره، فإنْ شاء المالك أن يضمن الغاصب ألفا حالة في ماله، وإن شاء عاقلة القاتل في ثلاث سنين؛ لأنه لا يتصدى له سبب ضمان وهو الغصب والقتل وضمانهما مختلفان فله أن يختار أيهما شاء والمنافع لا تضمن بالغصب والإتلاف خلافًا للشافعي.

وصورته: أن يحبس عبد إنسانًا ودابته بغير إذن مالكه شهرا ولم ينتفع به وصورة الإتلاف: أن يغصب عبدًا أو دابة وينتفع به؛ لأن الإتلاف صادف ملكه؛ لأن المنافع

تحدث على ملكه لأنها كانت معدومة قبل فعله إذ لو كانت موجودة قبل فعله لما تصور إتلافها؛ لأنها عرض لا يبقى زمانين كما وجد تلاشى واضمحل فالبقاء عليه كيف يتصور ولكنها حدثت بفعله؛ لأن المنافع وهي اندفاع الحر والبرد ووصول اللذة والراحة إليه يحدث بفعله وهو سكنى الدار ولبس الثوب وركوب الدابة وفعله كسبه والكسب علة لثبوت الملك في المكسوب؛ لأنه يثبت لحدوث الكسوب وكان أخص وأحق به من غيره.

(باب ضمان النقصان)

(المبسوط): أصله: أن المغصوب بجميع أجزائه وأوصافه مضمون على الغاصب حتى لو نقص من بدنه فردّه ضمن ما نقص؛ لأن الغصب فعل صادف الذات بجميع أجزائه وأوصافه فتحقق الإتلاف في الكل فصار الذات بجميع الأجزاء والأوصاف مضمونا عليه؛ لأن الواجب عليه أن يرد المغصوب على الوصف الذي غصب، وإذا انتقص المغصوب في يد الغاصب فلا يخلو إما أن انتقص بفعل الغاصب أو بآفة سماوية، فإن انتقص بآفة سماوية فلا يخلو إما أن انتقص بتغير السعر أو بفوات جزء من البدن أو بفوات وصف منه فالنقصان بتراجع السعر غير مضمون على الغاصب؛ لأنه ينتقص من عينه شيء لا بفعله؛ لأن تغير السعر فتور يحدثه الله تعالى في قلوب العباد لا لمعنى يرجع إلى العين والنقصان بفوات الجزء في الأموال الربوية كالمكيلات والموزونات نحو إن غصب حنطة فعفنت عنده أو تكسر الدراهم والدنانير أو غصب خلافًا فانصب فيه ماء فالمالك بالخيار إن شاء أخذه ولا شيء عليه، وإن شاء تركه وضمنه مثله.

وعند الشافعي: له أن يضمنه النقصان بناء على أن الجودة بانفرادها في الأموال الربوية لا قيمة لها خلافًا له، فإن كان إناء فضة فتهشم في يده، فإن شاء أخذه ولا شيء له، وإن شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه؛ لأنه يؤدي إلى الربا فيضمن بخلاف جنسه حتى لا يفوت حقه في الصناعة، وكذلك آنية الصفر والنحاس والشبه إن كان يباع وزنا؛ لأنه يدخلها الربا، وإن كان يباع عددا لم يكن من مال الربا وإذا لم يكن من الأموال الربوية فنقصان الجزء من الشلل والعرج أو نقصان الوصف

كذهاب البصر والسمع أو ما يفوته معنى من العين كنسيان الحرفة أو حدث به عيب ينقص من قيمته كالإباق والجنون والسرقة في العبد والجارية والزنا وهذه عيوب لازمة توجب نقصان العين فيكون مضمونا عليه فيقوم العبد صحيحا ولا عيب به ويقوم وبه العيب والنقص فيضمن فصل ما بينهما لصاحبه وعلى هذا إذا غصب عصيرًا فصار خلًّا أو عنبا فصار زبيبًا أو لبنًا فصار رائبًا أو رطبًا فصار تمرًا فالمالك إن شاء أخذ عينه ولا شيء له، وإن شاء ضمنه مثله؛ لأنه من أموال الربا. غصب عبدًا صغيرًا فكبر أو جارية صغيرة فكبرت أخذه المالك ولا شيء للغاصب من النفقة؛ لأنه متبرع في الإنفاق، ولو كان شابا فصار شيخا أو كانت شابة فصارت عجوزا ضمن النقصان؛ لأن ما انتقص من الذات وهو الفتورة في الأعضاء والتكثير في الجمال مضمون عليه.

وذكر الكرخي غصب غلاما أمردا فالتحى عنده لا يضمن شيء؛ لأن اللحية جمال وزينة للرجال، وإن كانت جارية ناهدة الثديين فانكسرت يضمن النقصان؛ لأن الانكسار يعد نقصانا في الجواري لمقاصد الناس في ذلك وإنه مقصود معتبر، وإن حلق شعرًا صغيرًا لغلام فنبت الشعر ولكن لم ينبت كما كان لا يضمن؛ لأن هذا يعده نقصانا عند الجملة من الناس لأغراض فاسدة.

وذكر في (النوادر): لو غصب عبدًا قارئًا فنسي القرآن وكان خبازًا فنسي الخبازة أو كان محترفًا فنسي الحرفة ضمن النقصان فيقوم عالمًا ويقوم وهو لا يحسن فيضمن نقصان ما بينهما، فأما إذا انتقص بفعله أو بفعل غيره بأن غصب ثوبا فخرقه أو عصا فكسرها، فإن كان مستهلكا للعين بأن فوت عامة منافعها ضمنه قيمتها؛ لأن تفويت عامة المنافع استهلاك معنى والاستهلاك سبب الضمان، كما لو غصب شاة فذبحها أو قطع رجلها إلا أن له أن يأخذه بغير شيء؛ لأنه بقي شيء من العين منتفع به فنفى ماله قيمة فلم ينقطع حقه عن العين، وإن لم يستهلكه، فإن لم يفوت عامة منافعه، بأن كان مخرقا أو كسرًا يسيرا ضمنه ما نقصه؛ لأنه لم يفوت شيئًا من منافعه بل عيّبه وأخلّه وتعييب المنافع مع بقاء جميعها يكون نقصانا لا إتلافا فله تضمين النقصان وأخذ الباقي، وإن كان خرقا فاحشا فله الخيار إن شاء ضمنه قيمته وتركه

عليه، وإن شاء ضمنه وأخذ الباقي؛ لأنه تصدى له سببا ضمان سبب ضمان الكل وهو استهلاك العين من وجه تفويت بعض منافعه وسبب ضمان النقصان وهو تعييب ما بقي من منافعه. واختلفوا في حد الخرق اليسير والفاحش قيل إن أوجب نقصان الربع في القيمة فصاعدًا فهو فاحش وما دونه يسير وقيل الفاحش ما ينتقص به نصف القيمة؛ لأنه متى انتقص أقل من نصف القيمة والأكثر قائم باعتبار القيمة وللأكثر حكم الكل فاعتبر نقصانا لا إتلافا، وإن كان النقصان أكثر من نصف القيمة يعتبر استهلاكا؛ لأن العبرة للأكثر وإذا استويا اجتمع الهلاك والنقصان فخير المالك.

والصحيح أن الخرق الفاحش ما يفوت به بعض المنفعة فتفوت به بعض العين واليسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل نقصان في المنفعة؛ لأن الاستهلاك المطلق من كل وجه عبارة عن إتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنافع والنقصان عبارة عن تعييب المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة لا غير ولا عبرة بقيام أكثر المنافع؛ لأن الرجحان إنما يطلب إذا تعذر العمل بأحدهما فمتى أمكن العمل بهما لا يشتغل بالترجيح وهنا أمكن اعتبار الاستهلاك والنقصان بإثبات الخيار له ولا يعتبر الراجح فعلى هذا الكسر اليسير أن يأخذ منه شظية حتى لا يفوت شيء من منافع العصا ومتى شقه بنصفين طولا أو عرضا حتى فات بعض المنافع يكون استهلاكا من وجه نقصانا من وجه فيكون له الخيار، ولهذا أثبت عمر رضي الله عنه ولفقء عين واحدة الخيار؛ لأنه يفوت به بعض الجثة. غصب دابة فقطع رجلها أو يدها ضمن قيمتها لأنها صارت مستهلكة لانقطاع المنافع كلها.

وذكر في (**النوادر**): إن كان يؤكل لحمها فله الخيار؛ لأنه استهلك من وجه؛ لأنه ينتفع بلحمها، ولو غصب ثوبا فقطعه ولم يُخِطْه إن شاء ضمنه، وإن شاء أخذ المقطوع وضمَّنه ما نقصه؛ لأن عين ماله لم يصر مستهلكا ولكنه صار معيبا؛ لأنه دخل فيه نقص من غير فوات منفعة.

(فصل)

ولو ولدت الجارية المغصوبة في يد الغاصب ردّها وما نقصتها الولادة لأنها

مضمونة بجميع أجزائها والفائت جزء منها ويتخير نقصان الولادة بأن كان في الولد وفاء خلافًا لزفر والشافعي وإن لم يكن به وفاء لا يتخير.

لهما: أن الولد ملكه ولا يتخير النقصان بملكه.

لنا: أن هذا نقصان لازمته زيادة مطلوبة بجري العادة؛ لأن الولد حصل بالولادة والولادة لا تنفك عن الأم والأوجاع والآلام لا تعرى عن النقصان والزيادة وهي الولد مطلوبة باقتناء الأمهات، فإن الدرَّ والنسل مطلوب من الحيوان عادة ومن الجواري في بعض البلاد معتادة وكان نفعا مطلوبا بمجرى العادة وهذه الزيادة لا تنفك عن هذا النقصان فلا تقابل الضمان؛ لأن هذا لا يعد نقصانا عادة، وإن كان راضيا به كما لو قلع سِنَّ إنسان فنبت مكانها أخرى بخلاف ما إذا ماتت الأم وبقي الولد يضمن قيمة الأم؛ لأن الولادة تنفك عن موت الأم عادة وبخلاف إذا لم يكن بالولد وفاء؛ لأن الظاهر أن قيمة الولد تفي بنقصان الولادة، فإذا لم يكن به وفاء يعدّ هذا نقصانا ولكن العبرة للظاهر لا للنادر، ولو ماتت في يد الغاصب من حبل بزنا فالمولى يأخذها ونقصان ذلك: قال أبو يوسف: ينظر إلى ما نقصها الحبل ونقصان عيب الزنا فيضمن الأكثر ويدخل الأقل فيه استحسانًا والقياس أن يضمن كل النقصان بينهما جميعًا وهو رواية عن محمد لأنهما نقصانان مختلفان فلا يبقى أحدهما الآخر في حق الموجب. وجه الاستحسان: أن كلاهما حصل بالزنا وإن الحبل لما حصل من الزنا كان نقصانا أيضًا حاصلا بالزنا فاتخذ سببهما فتعذر الجمع بين الضمانين فأوجبنا الأكثر وإن ردها الغاصب حاملا فماتت من الولادة وبقي ولدها فعند أبي حنيفة يضمن جميع قيمتها وعندهما لا يضمن إلا نقصان الحبل خاصة. لهما: أن سبب التلف وهو الولادة حصل عند المالك بعد صحة الرد من الغاصب؛ لأن العيب لا يمنع صحة رد الأصل فخرج عن عهده رد الأصل وبقي عهده النقصان والعيب فصار كما لو باع أمة حاملا وولدت عند المشتري وماتت من نفاسها لا يرجع على البائع بشيء. له: أن الموت حصل بالولادة والولادة حصلت بالحبل؛ لأن الحبل يفضي إلى الولادة فحصل الموت بسبب وجد في ضمان الغاصب فانتقض الرد من الأصل؛ لأنه لم يرد على الوجه الذي أخذه فلم

يصح؛ لأن الأخذ وجد وهي سليمة عن ما يفضي لها إلى التلف، فإذا تحقق التلف بذلك المعنى المفضي إلى الموت ظهر أن الرد لم يصح فحصل الموت بسبب في ضمانة فيضمن قيمتها كما إذا حنث عند الغاصب فردها ثم قتلت بتلك الجناية عند مولاها، ولو سرقت أو زنت في يد الغاصب ثم ردها على المالك فقطعت عنده أو حدت فعند أبي حنيفة يضمن الغاصب في حد الزنا الأكثر مما نقصها الضرب ومما نقصها الزنا، وفي قطع السرقة يضمن نصف قيمتها وعندهما يضمن نقصان السرقة والزنا ولا يضمن ما نقصها الحد وهذا بناء على أن النقصان الحاصل بالاستيفاء مضاف إلى سبب وجد في ضمان الغاصب وهو الزنا والسرقة عنده وعندهما مضاف إلى سبب وجد في يد المالك كمن اشترى عبدًا فوجده حلال الدم فقتل في يده يرجع بجميع الثمن على البائع عنده لما أن التلف حصل في ضمان البائع وعندهما يرجع بالنقصان لما أن التلف حصل بسبب في ضمان المشتري فكذا هذا إلا أن عنده يعتبر الأكثر من نقصان الضرب ومن نقصان الزنا؛ لأن كلاهما حصل بفعل واحد ولا يجمع بينهما وأوجبنا الأكثر وفي القطع بالسرقة اعتبر نقصان القطع ونقصان عيب السرقة؛ لأن الغالب المعتاد أن نقصان القطع أكثر من نقصان السرقة.

(**المنتقى**): ولو حُمَّت في يد الغاصب ثم ردها على المولى فماتت في تلك الحمى لم يضمن الغاصب إلا نقصان الحمى بالإجماع؛ لأن الموت إنما حصل بتناهي الآلام وزوال القوة وإنما تناهت الآلام في يد المالك فلم يحصل الموت بسبب في ضمان الغاصب، ولو حبلت في يد الغاصب من زوج كان لها عند المالك أو أحبلها المولى لا يضمن الغاصب؛ لأن النقصان حصل بسبب من جهة المولى وهو إحبالها أو تسليط المولى الزوج عليها فصار كما لو قتلها في يد الغاصب، ولو غصب جارية حاملة أو محمومة أو مريضة أو مجروحة فماتت من ذلك في يده يضمن قيمتها وبها ذلك العيب؛ لأنه غصبها وهي منقوصة معيبة بذلك العيب ولم يدخل في ضمان سليمة، ولو حمت في يد الغاصب أو ابيضت عيناها فردها وردّ ضمان النقصان ثم ذهبت الحمى وانجلى البياض يرد المولى ما أخذ من ضمان النقصان إلى الغاصب؛ لأنه ارتفع النقصان فصار كما لو حلق شعر إنسان ثم نبت،

ولو غصب جارية فولدت عند الغاصب وكذا ثم غصبها وولدها من الغاصب رجل فضمن المالك الغاصب الأول قيمة الأم فلغاصب الأم أن يضمن الثاني قيمة الأم والولد جميعًا ويتصدق بقيمة الولد؛ لأن بأداء الضمان ملك الأم بالغصب السابق فيظهر أن الولد حدث في ملكه لكن ملكه بسبب خبيث فتصدق به، ولو ولدت المغصوبة عند الغاصب ثم جحدها إياه وجحد ولدها قال أبو يوسف: يضمن قيمتها يوم غصبها وقيمة ولدها يوم جحدها؛ لأن الولد بالجحود دخل في ضمانه لا بالغصب.

(الفتاوى): هشم إبريق فضة لرجل وهشمه آخر وصب الماء على حنطة رجل فنقصت ثم صب آخر أيضًا حتى زاد في النقصان.

ورُوي عن محمد رحمه الله: الضمان على الثاني ويبرأ الأول؛ لأنه لا يمكنه الرد على الأول كما أخذ؛ لأن صاحب الإبريق لو ضمن الأول يجب عليه أن يرد المضمون على الأول كما أخذه منه ولا يمكن ذلك. جدار بين اثنين لهما عليه حمولة فزاد أحدهما في حمولته حتى انصدع الحائط قال إن علم أن الانصداع حصل لأجل تلك الزيادة ضمن قدر الوهن والصدع وذلك بأنه ينظر، فإنه لو لم يرفع هذه الزيادة لسقط الحائط، فإنه يضمن جميع القيمة، ولو لم يسقط ضمن النقصان، فإن أخذ قيمة النقصان فعليه أن يصلح الجدار بتلك وليس له أن لا يعمر الجدار ولا يصلحه كما لو هدم جدارًا بينه وبين آخر وضمن القيمة، فإنه يبني لها على هذا الجدار وليس له أن لا يبني.

(باب المغصوب إذا تغير بفعل الغاصب أو لا بفعله)

(المبسوط): غصب حنطة فطحنها أو زرعها، أو دقيقًا فخبزه، أو غزلا فنسجه، أو قطنا فغزله، أو لحما فشواه، أو سمسما فعصره، أو بيضة فحضنها تحت دجاجة فأفرخت، أو تالة[1] فأنبتها أو ساجة فأدخلها في بناية أو جعلها بابًا أو آجرًا أو لبنًا

(١) التالة للأشجار كالبذر للخارج منه، يعني أن الأشجار تحصل من التالة لأنها تغرس فتعظم فتصير نخلا، كما أن الزرع يحصل من البذر. كذا في المغرب.

فبنى به أساس حائط ونحو ذلك، فإنه ينقطع حق المالك عن العين ويضمن مثله إن كان مثليا وقيمته إن لم يكن مثليا خلافًا للشافعي؛ لما رُوي أن النبي صلى الله عليه وسلم كان ضيفًا عند الأنصار فقدموا له شاة مصلية، فأخذ منها لقمة فجعل يلوكها لا يسيغه فسألهم عن شأنها فقالوا: هذه شاة لفلان ذبحناها حتى يأتي فنرضيه، فقال عليه السلام: "**أَطْعِمُوهَا الْأُسَارَى**"[1] فلولا أنهم ملكوها لما أحل لهم الأمر بالتصدق بغير إذن المالك والمعنى المستنبط من هذا وهو أن الغاصب أحدث في المغصوب صنعة متقومة استهلكت العين من وجه؛ لأن الطحن والخياطة والشيء صنعة متقومة تزداد بها مالية العين وتقومها، ولهذا الناس يبدلون مالًا بمقابلتها وقد فات بإحداث هذه الصنعة عامة منافع العين فصارت العين هالكة من وجه فوجب أن ينقطع حق المالك عن العين؛ لأنه اجتمع حقان حق المالك في العين وحق الغاصب في الصنعة لأنها حدثت بفعله وكسبه فلا بد من إبطال أحدهما بالآخر فقطع حق المالك عن العين أولا؛ لأن حق الغاصب في الصفة قائم من كل وجه وحق المالك في العين قائم من وجه هالك من وجه وقطع حق الهالك من وجه وإنه أقل ضررا أولى من قطع حق القائم من كل وجه وإنه أكثر ضررًا.

ولو غصب شاة فذبحها وسلخها وأرّبها ولم يشوها، أو غصب ثوبا فقطعه ولم يخطه، فإن شاء ضمنه قيمته، وإن شاء ضمنه ما نقصه؛ لأنه ما أحدث صنعة متقومة؛ لأن الذبح استهلاك؛ لأنه تفويت بجميع المنافع المطلوبة من الحي وهو الدر والنسل والرسل، وكذلك قطع الثوب استهلاك وروى أبو يوسف والحسن عن أبي حنيفة في الشاة إذا ذبحها إن شاء ضمنه قيمتها، وإن شاء أخذها ولا شيء له غيرها؛ لأن المقصود من الشاة اللحم والذبح تحقق بما هو المقصود إلا أنه فوت

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (٦٥٠٠) عن ابن عيينة. و«أحمد» ٢٩٣/٥ (٢٢٨٧٦) قال: حدثنا معاوية بن عمرو، قال: حدثنا أبو إسحاق، عن زائدة. وفي ٤٠٨/٥ (٢٣٨٥٩) قال: حدثنا محمد بن فضيل. و«أبو داود» (٣٣٣٢) قال: حدثنا محمد بن العلاء، قال: أخبرنا ابن إدريس.

أربعتهم: (سفيان بن عيينة، وزائدة بن قدامة، وابن فضيل، وعبد الله بن إدريس) عن عاصم بن كليب الجرمي، عن أبيه، فذكره.

عليه منفعة الدر والنسل فله أن يضمنه قيمتها جبرا لما فات عليه، ولو غصب بئر ذهب أو فضة فصاغه حليا أو إناء أو ضربه دراهم فللمالك أن يأخذه ولا يعطيه شيئًا عند أبي حنيفة وعندهما هو للغاصب ويضمن مثله للمالك لهما: أنه أحدث فيه صنعة متقومة؛ لأنه أراد لهذه الصنعة قيمة الذهب والفضة واستهلكه من وجه؛ لأنه فوت جنس المنفعة وهي الثمنية ولا يجوز إبطال حقه في هذه الصنعة فصار ملكا له كما لو غصب حديدا أو صفرا فضربه له أن هذه الصنعة لم تفوت معنى الثمنية؛ لأن الثمنية قد ازدادت بضربه دراهم فكذا بالصناعة لم يفت معنى الثمنية بل تعيبت؛ لأنه بقي موزونا والموزون يصلح ثمنا في الذمة فكان هذا تعييبا للثمنية لا استهلاكا وتفويتا والصنعة مع التعييب لا يقطع حق المالك؛ لأنه يكون حقه قائمًا في الدار من كل وجه لقيام محله من كل وجه فترجح حق الملك باعتبار أنه صاحب الأصل وصاحب الأصل الأولى بالتمليك من صاحب الوصف كما في الثوب المصبوغ، وكما لو قصر الثوب ولو غصب فضة أو دراهم فجعلها عروة قلادة أو عروة إناء ينقطع حق الملك؛ لأنه صار تبعا للإناء حتى دخل يجب بيع الإناء من غير ذكر والتبعية استهلاك من وجه لا يفوت به جنس المنفعة وهو بيعه مقصودًا؛ لأنه لا يمكنه بيعه إلا بالفصل عن الإناء وفيه ضرر صاحب الأصل، ولو غصب حديدا أو صفرا فجعله إناء، فإن كان يباع وزنا لا ينقطع حق المالك عنه كما في الفضة، وإن كان يباع عددا سقط حق الملك؛ لأنه استهلكه من وجه؛ لأنه لما أخرجه عن كونه موزونا فقد أخرجه عن كونه ثمنا وتفويت جنس المنفعة يكون استهلاكا من وجه، وكذلك لو غصب فلوسا وصاغ منها إناء ضمن الفلوس؛ لأنه أخرجها عن كونها ثمنا فيصير مستهلكا لها من وجه مع إحداث الصنعة المتقومة فيها، ولو غصب جريحًا أو مريضًا فداواه حتى برأ أو أرضا فيها زرع أو نخل فسقاه أو كان نخلا فأبّره ولقحه فلا شيء للغاصب من النفقة؛ لأنه متبرع فيما أنفق والنماء حصل في ملك المغصوب منه فيكون له.

ولو حصد الزرع أو جذّ الثمرة أو جز الصوف أو حلب اللبن واستهلكه ضمن ذلك؛ لأنه أتلف مال غيره، ولو غصب من مسلم خمرا لم يضمن، فإن خلّلها بشيء

لا قيمة له بأن شمسه أو ألقى فيها حنظلة أو شيئًا يسيرًا من الملح بحيث لا قيمة له فللمالك أن يأخذه؛ لأنه لم يستهلك الخمر بتفويت بعض المنافع؛ لأن منافعها هالكة؛ لأنه محرم استيفاؤها شرعا فلهذا لا يضمن مثلها فبقي مجردا ذات الصنعة من غير استهلاك وما لم يجمع كلا الوصفين وهو إحداث الصنعة والاستهلاك لا ينقطع حق الملك لما بينا، ولو خللها بشيء له قيمة كالملح والخل قال مشايخنا ينظر إن ألقى فيها الملح فهو للغاصب عند أبي حنيفة وعندهما أخذه المالك ويعطي الغاصب ما زاد الملح فيها بمنزلة دبغ جلد الميتة وإن أراد تركه وتضمينه قيمته في رواية لم يكن له التضمين وفي رواية له ذلك كما في جلد الميتة لما تبين، وإن ألقى فيها الخل فعند أبي حنيفة هو للغاصب؛ لأن نفس الخلط استهلاك عنده، وعند محمد إن صارت خلًّا من ساعته بأن صاحب الدار صبّ فيها خلًّا كثيرًا فهو للغاصب ولا شيء عليه وإن صاحب الدار صبَّ فيها خلًّا قليلًا فهو بينهما على مقدار كليهما؛ لأنه لا يصير مستهلكا للخمر بل صار خالطا بخل صاحبه فصار كما لو خلط بالخل الخل وقيل يشتركان فيه عندهم جميعًا؛ لأن تمليك الخمر من الغاصب متعذر بسبب الخلط؛ لأن الخمر لا يمكن بسائر أسباب الملك فكذا بالخلط فبقيت ملكا للمغصوب منه وإذا صارت خلًّا فله أن يأخذه كما لو اختلط خمر غيره بخله.

ذكر في (المنتقى): لو صاحب الدار صبّ خل غيره في خل نفسه وهما نصفان فالخل بينهما نصفان، ولو غصب جلد ميتة ودبغه بشيء لا قيمة له أخذه صاحبه ولا شيء عليه وإن دبغه بشيء له قيمة أخذه صاحبه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه؛ لأنه اتصل بالجلد عين مال قائم للغاصب، والغاصب وإن أحدث وصف المالية في الجلد لكن لم يستهلك الجلد من وجه فلم يملك الجلد ويتملك العين المتصل لهذا الجلد بالقيمة كمن غصب ثوبا فصبغه فصاحب الثوب يملك مالية الصبغ بالقيمة فكذا هذا فيقوّم حين كان ذكيا غير مدبوغ بكم يشترى ومدبوغا بكم يشترى فيضمن فصل ما بينهما وكان يجب أن يضمن صاحب الجلد جميع قيمة الجلد؛ لأن القيمة حدثت بصنعة الغاصب كما لو كان ذكيا فدبغه بماله قيمة يضمن جميع ما زاد الدباغ فيه إلا

أنا لو أوجبنا جميع القيمة لا يفيد الأخذ للمالك شيئًا من المالية والشرع لا يرد بما لا يفيد فلهذه الضرورة رفع عنه قدر قيمة أن لو كان ذكيا ووجبت الزيادة ليصير الأخذ مفيدًا أو إن أراد المالك أن يترك الجلد ويضمنه قيمة الجلد فليس له ذلك عند أبي حنيفة؛ لأن جلد الميتة ليس بمال متقوم وإنما صار مالًا متقومًا بفعل الغاصب ولا يجوز أن يضمن به شيئًا وعندهما له أن يضمنه قيمته لو كان ذكيا؛ لأن الجلد مال مملوك له لا يتوصل إليه إلا بغرم يلزمه بفعل الغاصب فله أن لا يلزم الغرم ويضمن الغاصب قيمة جلد ذكي غير مدبوغ، وإن كان جلدا ذكيا فدبغه بما لَهُ قيمة فلصاحبه أن يضمنه قيمته غير مدبوغ؛ لأن الجلد الذكي مال متقوم، وإن شاء أخذه وأعطاه ما زاد الدباغ فيه، ولو هلك عند الغاصب فلا ضمان بالإجماع؛ لأن الدباغ ليس بإتلاف وإن استهلكه الغاصب وقد دبغه بما لا قيمة له ضمن قيمته مدبوغا اتفاقا، وإن دبغه بما لَهُ قيمة لم يضمن شيئًا عند أبي حنيفة وعندهما يضمن قيمته مدبوغا ويرفع عنه ما زاد الدباغ فيه.

لهما: أن الجلد كان مالًا متقوما قبل الدباغة لكن ماليته مستترة لم يجز الانتفاع بها بسبب اتصال الدسومات والرطوبات النجسة، فإذا زالت النجاسة بالدباغة ظهرت المالية من الأصل فكانت الدباغة مظهرة للمالية لا محدثة لها فلهذا يبقى البيع والرهن فيه، ولو لم يكن له مالية لما بقي وصار كما إذا خلل الخمر ثم أتلفه ضمنه. له: أن مالية الجلد حصلت بمالية الدباغ؛ لأن الجلد لم يكن له مالًا متقوما قبل الدباغ؛ لأن المالية معنى في المحل يصير به المحل منتفعا حقيقة وشرعا والجلد قبل الدباغ غير منتفع به حقيقة وشرعا، ولهذا لا يجوز بيعه وهبته ورهنه إلا أنه يبقى البيع والرهن فيه باعتبار عرضية أن تعود ماليته ويقوّمه كما لو رهن عصيرا فتخمّر يبقى الرهن حتى لو تخلل يعود الرهن كما كان فكذا هذا ومتى حصلت مالية الجلد بمالية الدباغ صارت مالية الجلد تبعا لمالية الدباغ والأصل غير مضمون لا يكون مضمونًا.

(المنتقى): ولو غصب مصحفا فنقّطه إن شاء أعطاه ما زاد فيه، وإن شاء ضمنه قيمته غير منقوط؛ لأن بالنقط ازدادت قيمته فصار كالصبغ وروى المعلى عن

أبي يوسف أنه يأخذه بغير شيء؛ لأنه لا قيمة لعينه وإنما المتقوم هو المنفعة والمنافع لا تقوم إلا بالعقد.

وعن محمد لو غصب حوضا فاتخده زنبيلا فلا سبيل للمالك عليه؛ لأنه أحدث فيه صنعة متقومة صيرت حق الملك تالفا من وجه فصار كما لو أدخل ساجة في بنائه، ولو غصب نخلة فسقطها جذوعا كان له أن يأخذ الجذوع؛ لأنه استهلاك من غير إحداث صنعة، ولا يقطع حق الملك عنها كقطع الثوب والخياطة، ولو قصر الغاصب الثوب أو غسله بالحرض والصابون كان لصاحبه أن يأخذه بغير شيء؛ لأنه لم يستهلكه من وجه؛ لأنه لم يفت شيء من منافعه.

ولو غصب دارًا فجصصها أو نقشها بالأصباغ، فإن شاء صاحبها أخذها وأعطى الغاصب قيمة ما زاد التجصيص والأصباغ فيها، فإن جعلت الدار للغاصب بقيمتها إذا كانت الأصباغ تبلغ شيئًا كبيرًا؛ لأن الغاصب عين مال قائم في الدار فلا يتملك المالك إلا بعوض كما في الثوب المصبوغ.

وذكر هشام عن أبي يوسف: إن أبى صاحب الدار عن إعطاء قيمة ما زاد الأصباغ فيها أحدثه بقلعها فأضمنه قيمة ما نقص القلع، وكذلك لو نقش الباب المغصوب بالأصباغ، فإن كان نقشه بالمغرة فهذا مستهلك للباب وعليه قيمته، وكذلك لو نقش إناء فضة بالتقضيب ولو هدم بناء الآخر وقيمته مائة وقيمة التراب المهدوم ثلاثين، فإن شاء رب الأرض ضمنه مائة والتراب للهادم، وإن شاء ضمنه سبعين والتراب له، وكذلك لو كسر غصنا من الشجرة الثابتة لإنسان؛ لأن هذا استهلاك من وجه وحكم الاستهلاك من وجه في الشرع هذا لما بينا.

وذكر هشام عن محمد: لو غصب أرضا فبذرها حنطة ثم اختصما قبل النبات، فإن شاء صاحبها تركها حتى تنبت ثم يقول له اقلع زرعك، وإن شاء أعطاه ما زاد البذر فيها فتقوّم وليس فيها بذر وتقوّم وفيها بذر فأعطاه فضل ما بينهما وقيل بأنه يضمن قيمة بذره لكن مبذورا في أرض غيره وهو أن يقوّم الأرض غير مبذورة وتقوّم مبذورة لكن لغيره حق القلع فما فضّل بينهما ففيه بذر مبذور في أرض غيره وما قاله محمد فيه بذر مبذور في أرض نفسه.

وروى المعلى عن أبي يوسف: أنه يعطيه مثل بذره.

وعن أبي يوسف في الأمالي: أنه لا شيء على صاحب الأرض ما لم يثبت.

ولو غصب غلاما قيمته خمسمائة فخصاه فصار يساوي ألفا فصاحبه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته يوم أخصاه، وإن شاء أخذ الغلام ولا شيء له؛ لأن هذه الزيادة غير معتبرة شرعا لأنها حصلت بناء على رغبات الناس بسبب هو حرام وقيل يقوّم العبد بكم يشترى للعمل قبل الخصاء ويقوم بعد الخصاء للعمل ويرجع بفضل ما بينهما وقيل يقوّم العبد للعمل قبل الخصاء ويقوم بعد الخصاء للعمل ويرجع بنقصان ما بينهما، ولو غصب بيضتين فحضن إحداهما تجب دجاجة له وحضنت دجاجة الأخرى فالفرختان له وعليه بيضتان؛ لأنه استهلك إحداهما وهلكت الأخرى، ولو كانت إحداهما غصب والأخرى وديعة عنده فحضنت دجاجة عليها فأفرخت فرختين ففرخ الوديعة لصاحب الوديعة وفرخ الغصب للغاصب وهذا بمنزلة قفيزين من الحنطة عند رجل أحدهما وديعة والآخر غصب فهبت الريح بهما وألقتهما في الأرض فنبت الزرع فما نبت من الوديعة لصاحبها وزرع ما نبت من الغصب للغاصب ويضمن قفيز حنطة للمغصوب منه، وإن لم يعرف إحدى الفرختين من الأخرى فالقول قول الغاصب إنما هي هذه، وإن قال: لا أعرف فالفرختان بينهما وعلى الغاصب بيضتها. قطع تالة من أرض رجل ثم غرسها في ناحية أخرى فكبرت فالشجر للغارس ويؤمر بقلعه وعليه قيمة التالة للمالك يوم القلع، فإن كان القلع يضر بتلك الأرض أعطى صاحب الأرض قيمة الشجر للغاصب يوم يختصمان، والله أعلم.

(باب الثوب يصبغه الغاصب)

(المبسوط): ولو صبغ الثوب المغصوب أحمر أو أصفر ونحوه فللمالك أن يأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه وهو أن يضمنه قيمة ثوبه أبيض؛ لأن عين الثوب قائم لم يتلف شيء منه وإنه أصل والصبغ وصف قائم بالثوب وإنه تبع له وتملك الصفة بالقيمة أقل ضررا من تملك الأصل، وإن شاء يعطيه قيمة الصبغ متصلا بثوبه؛ لأنه لا يجوز إهدار حقه؛ لأنه محترم، وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض؛ لأنه لم يصدر

منه سبب الضمان فله أن لا يرضى بالتزام هذه الغرامة والغاصب متعدٍّ فعليه الضمان، قال أبو عصمة: فإن شاء رب الثوب باع الثوب ويقسم الثمن على قدر حقهما لأنهما يشتركان فيه لاتصال الصبغ فالثوب على وجه لا يمكن الفصل والتمييز عنهما فصار كما لو انصبغ لا بفعل أحد إذا لم يختر تضمينه، وكذلك لو صبغه أسود عندهما.

وعند أبي حنيفة: هو نقصان لا قيمه له ويأخذ صاحب الثوب ثوبه، وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض قيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فالناس في زمنه لا يلبسون السواد ويعدونه عيبا ونقصانا وفي زمنهما يلبسونه ويعدونه زيادة وجمالًا إلا أن يكون ثوبا يزيد فيه الضمان فيضمن ما زاد؛ لأنه عين مال قائم كالحمرة وهذا اللفظ يدل على أنه لا يختلف الحكم بالسواد والحمرة وإنما المعتبر حصول الزيادة في الثوب إن كان الناس يعدون السواد زيادة في الثوب يضمن وإلا فلا، وكذلك لو غصب سويقا فلتّه بسمن؛ لأن السمن متى اتصل بالسويق ضار وصفًا وبيعا له ولا يمكن فصله عنه إلا أنه يضمن المالك للغاصب مثل سمنه؛ لأن السمن حين اتصل بالسويق كان مثليا؛ لأنه لا يمتزج بشيء آخر بخلاف الصبغ؛ لأنه حين اتصل بالثوب خرج من أن يكون مثليا لامتزاجه بالماء فقد اتصل بثوبه ما ليس بمثلي فيضمن قيمته.

ولو غصب صاحب الثوب عصفر أو صبغ به ثوبه فعليه مثله؛ لأنه غصب مثليا واستهلكه. غصب من رجل ثوبا ومن آخر عصفرا ضمن مثل عصفره وخيّر رب الثوب؛ لأن العصفر مثلي وقد أتلفه فيضمن مثله وصار ملكا للغاصب من وقت الغصب فيظهر أنه صبغ ثوب غيره بصبغ نفسه فيثبت الخيار لصاحب الثوب.

ولو وقع ثوب رجل في صبغ إنسان فانصبغ به فصاحب الثوب بالخيار إن شاء أعطاه ما زاد الصبغ فيه، وإن شاء يباع له الثوب فيقسم الثمن على قدر حقهما؛ لأنه لا صنع لأحد فيه فانتفى الضمان عنهما وبقيا شريكين فيه فحق صاحب الثوب في ثوبه أبيض فيضرب بقيمته أبيض وحق صاحب الصبغ في الصبغ القائم بالثوب وإنه أنقص قيمة من المنفصل فبقي حقه ناقصا والخيار لصاحب الثوب؛ لأنه صاحب أصل فكان أقوى حالًا.

ولو غصب ثوبا وعصفرا من رجل واحد فصبغه به كان للمالك أن يأخذ الثوب مصبوغا وبرئ الغاصب من الضمان، وإن شاء ضمنه قيمة ثوبه وعصفرا مثله، ولو كان العصفر لرجل والثوب لآخر فرضيا أن يأخذ الثوب مصبوغا كما يأخذه الواحد لو كانا لواحد فليس لهما ذلك؛ لأنه لما اختلف المالكان كان خلط المالين استهلاكا من كل وجه وإذا اتحد المالك يكون الخلط استهلاكا من وجه لا من كل وجه؛ لأنه لم يفت عليه عامة منافعه، ولو صبغ الراهن ثوب الرهن بعصفر خرج من الرهن وضمن قيمته، ولو كان الثوب والعصفر رهنا كان للمرتهن أن يضمن قيمة الثوب وعصفرا مثله، وإن شاء رضي بأن يكون الثوب المصبوغ رهنا في يده. رجل غصب من آخر ثوبا قيمته ثلاثون فصبغه آخر فنقصه الصبغ حتى صار يساوي عشرين.

قال محمد رحمه الله: ينظر إلى قيمة ما زاد الصبغ فيه، فإن كان خمسة ضمن الغاصب خمسة؛ لأنه غصب ثوبا قيمته ثلاثون وقد نقص منه عشرة وزاد فيه خمسة باعتبار الصبغ فتصير الخمسة بإزاء الخمسة قصاصًا وبقي نقصان خمسة لا يجيزه شيء فيضمن خمسة، وكذلك السواد على هذا.

(باب ما يبرئ الغاصب من الضمان وما لا يبرئه)

(المبسوط): ولو غصب ثوبًا فكساه المالك أو طعامًا فقدم بين يديه ليأكله وهو لا يعلم به برئ عن الضمان خلافًا للشافعي؛ لأن بهذا الرد أعاد الشيء إلى يده وقد تمكن من التصرف فيه حقيقة والتصرف الصادر من المالك في المملوك لا يقع إلا بجهة الملك، فإذا تناول ملكه سقط ضمان الغصب كما لو باعه أو رهنه منه وسلمه وهو لا يعلم ولا يدري برئ عن الضمان، وكذا لو لبس المالك المغصوب أو كان طعامًا فأكله أو عبدًا فاستخدمه وهو يعلم به أو لا يعلم برئ الغاصب من الضمان؛ لأنه وصل إليه ملكه واحتوت يده عليه فارتفع سبب الضمان.

ولو غصب عنبا فاتخذه عصيرا أو خمرا ثم سقاه المالك لا يبرأ عن الضمان؛ لأنه صار ملكا للغاصب وانقطع حق الملك عنه بالضمان.

(النوادر): ولو جاء الغاصب بالمغصوب ووضعه في حجر المالك وهو لا يعلم بأنه ملكه فحمله إنسان، فالصحيح أنه يبرأ كالغاصب إذا أطعم المغصوب المالك برئ عن الضمان وإن لم يعلم به. رجل غصب من صبي درهما ثم رده عليه، فإن كان الصبي ممن يعقل الأخذ والإعطاء برئ عن الضمان؛ لأن الرد إليه قد صح، وإن كان ممن لا يعقل لا يبرأ؛ لأن الرد إليه لم يصح فصار كمن غصب سرجا من ظهر دابة ثم أعاده على ظهرها لا يبرأ عن الضمان، فإن استهلك الدرهم ثم رده مثله على الصبي وهو يعقل، فإن كان مأذونا برئ؛ لأن أداء الضمان إليه قد صح، وإن كان محجورا لا يبرأ؛ لأنه لا يصح أداء الضمان عليه. رجل له كران من حنطة غصب رجل أحدهما ثم أودع المالك الغاصب الكر الآخر فخلطه الغاصب بالكر المغصوب ثم ضاع ذلك كله ضمن الكر الغصب ولا يضمن الكر الوديعة؛ لأن خلط ملكه بملكه ليس باستهلاك فبقي الكر المغصوب مضمونا عليه في يده على حاله، وكذلك رجل أخذ من كيس رجل درهما ثم رده إلى الكيس لا يبرأ عن الضمان؛ لأنه لا يكون رد له إلا بدفعها إلى صاحبها، رجل غصب من رجل سفينة أو دابة فركبها فلحقها صاحبها وسط البحر أو وسط المفازة في موضع مهلك لا يستردها من الغاصب لكن يؤاجرها منه إلى الساحل أو إلى موضع غير مهلك؛ لأن الاسترداد فيه إهلاك النفس فيفوت حقه في النفس لا إلى خلف ولو لم يسترد يفوت حق الملك إلى خلف وهو الضمان فكان هذا أولى.

وذكر أبو الليث في (نوازله): لو جاء الغاصب بقيمة المغصوب إلى المالك فقال المالك لا أريدها ولا أجعلك في حل يرفع الأمر إلى القاضي حتى يجبره على القبول؛ لأن في الجبر على القبول تعلق به حق الغاصب وهو البراءة عن الدين، وإن وضع في حجره لا في يديه يبرأ؛ لأنه حصل القبض حقيقة، فإن وضع بين يديه لا يبرأ بخلاف ما لو وضع المغصوب أو الوديعة بين يدي صاحبها يبرأ؛ لأن الواجب ثمة رد العين والرد يتحقق بالتخلية والواجب في باب الدين قبض العين لتتحقق المعاوضة والمقاصة والقبض لا يحصل بالتخلية، ولو زوج الأمة المغصوبة من الغاصب لم يبرأ عن الضمان الساعة في قول أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لأبي يوسف بناء على أن المشتري هل يصير قابضا بالتزويج أم لا؟ وقد مر في البيوع.

(**الجامع**): وإجارة المغصوب من الغاصب صحيحة ويبرئه عن الضمان؛ لأن الإجارة لاقت ملكا متأكدا له وقد صار قابضا للمستأجر بنفس العقد؛ لأن قبض الغصب ثبوت عن قبض الإجارة فوجب عليه شيء من الأجر بمضي شيء من المدة وإن قل ووجوب الأجرة ينافي الضمان؛ لأن الأجر مع الضمان لا يجتمعان.

وقد ذكر في (**المنتقى**): لو استأجر العبد المغصوب ليبني له حائطا أو يقصر له ثوبا لا يبرأ عن الضمان حتى يأخذ في العمل؛ لأن العقد ورد على العمل فتجب الأجرة؛ لأنه لم يوجد من المالك إبراء الغاصب من الضمان ونفس العقد في الإجارة لا ينافي الضمان لأنهما مع الضمان يجتمعان، فإنه لو خالف المستأجر من حيث الفعل ضمن وتبقى الإجارة حتى لو عاد إلى الوفاق تجب الأجرة ولكن وجوب الأجرة ينافي الضمان ولم يوجد بخلاف ما لو استأجره للخدمة فبرئ عن الضمان للحال؛ لأن الأجرة في الاستخدام تجب بالتخلية لا بالعمل، ولو استأجر المالك الغاصب لتعليم العبد المغصوب عملًا من الأعمال أو لغسل الثوب المغصوب لا يبرأ عن الضمان؛ لأن الإجارة وردت على الغاصب لا على المغصوب فبقي المغصوب متعريا عن عقد الإجارة فلم يوجد المنافي للضمان، ولو استأجره للحفظ لم يجز؛ لأن الحفظ مستحق عليه فيكون في الحفظ عاملا لنفسه فلا يستوجب به الأجر على غيره، ولو أعطاه من الغاصب لم يبرأ حتى يستعمل، فإذا فرغ من الاستعمال لا يعود مضمونا؛ لأن الإعارة لا تنافي الضمان، فإن المستعير إذا خالف من حيث الفعل ضمن وبقيت الإعارة على حالها حتى لو عاد إلى الوفاق يعود أمينا إلا أن الإعارة عقد تبرع بالمنفعة والتبرع لا يتم ولا يفيد الملك إلا بالقبض وقبض المنفعة يكون بالانتفاع وإذا انتفع صار قابضا فتم عقد الإنابة فملك المنفعة عند استيفائها فسقط الضمان، ولو أودعه من الغاصب أو أمره بحفظه لم ينص محمد عليه في الجامع وقيل يبرأ عن الضمان بنفس الإيداع؛ لأن عقد الوديعة يتم بالإيجاب والقبول، فإذا لزمه الحفظ بالقبول للمالك وقع القبض في الحال للمالك والقبض للمالك منافٍ للضمان وقيل لا يبرأ عن الضمان؛ لأن عقد الإيداع لا ينفي الضمان؛ لأن الأمر بالحفظ مع الضمان يجتمعان، فإن المودع إذا خالف حتى صار ضمينا بقي الأمر حتى لو عاد إلى الوفاق برئ عن الضمان.

ولو وكل الغاصب ببيع المغصوب لم يبرأ عن الضمان حتى يبيع ويسلم؛ لأن كونه وكيلًا لا ينافي كونه ضمينا كالوكيل بالبيع لو استخدم العبد الموكل ببيعه صار ضامنا وبقيت الوكالة حتى لو باعه بعد ذلك جاز إلا أنه إذا باع وسلم بأمر المالك صار تسليمه كتسليم المالك ولو سلم المالك بنفسه يبرأ الغاصب فكذا وكيله إذا سلم بأمره، وكذلك إن وجد المشتري به عيبا قبل القبض فرده فهو مضمون بالغصب؛ لأنه انتقص العقد من الأصل، وإن رده بعد القبض لا يعود مضمونا؛ لأنه بطل الضمان بالتسليم فلا يعود.

(باب مطالبة الغاصب برد المغصوب في غير البلد الذي غصبه)

(**المبسوط**): ولو غصب دراهم أو دنانير فالمالك يأخذها منه حيث وجده وليس له أن يطالبه بالقيمة وإن اختلف السعر لأنهما أثمان، ومعنى الثمنية لا يختلف باختلاف المكان.

ولو غصب عينًا فلقيه في بلد آخر والعين في يده، فإن كانت قيمته في ذلك المكان مثل قيمتها في مكان الغصب أو أكثر فللمالك أن يأخذه وليس له أن يطالبه بالقيمة؛ لأنه يصل إليه عين حقه من غير ضرر يلحقه، وإن كانت قيمتها في هذا المكان أقل من قيمته في مكان الغصب، فإن شاء المالك أخذ القيمة على سعر مكان الغصب، وإن شاء انتظر؛ لأن نقصان القيمة حصل من جهة الغاصب وهو النقل إلى هذا المكان فكان له أن لا يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة؛ لأن عجز عن أخذ عين حقه بكماله، فصار كما لو خرق الغاصب الثوب المغصوب، ولو كان المغصوب مثليا وهو هالك يرد المثل إلا إذا كان السعر في هذا المكان أقل فهو بالخيار إن شاء أخذ مثله للحال، وإن شاء قيمته حيث غصب، وإن شاء انتظر حتى يرجع إلى تلك البلدة فيأخذ منه مثله؛ لأنه لو رد مثله في مكان المطالبة يستضر به؛ لأن اختلاف القيمة لأجل الحمل والمؤنة، فصار كما لو كانت العين قائمة ونقلها إلى بلدة أخرى، ولو كانت القيمة في مكان الخصومة أكثر فالغاصب بالخيار إن شاء

أعطاه مثله حيث خاصم، وإن شاء قيمته حيث غصب إلا أن يرضى المغصوب منه بالتأخير؛ لأن الغاصب لا يلزمه دفع الضمان في مكان الغصب بل إنما لقبه فلو لزمه رد المثل في مكان الخصومة يستضر به الغاصب، فإنه يلزمه زيادة قيمة لا يستحقها المغصوب منه والجاني ينصف منه ولا يظلم غيره وفي تأخير الرد إلى مكان الغصب إضرار بالمالك فيسلم إليه قيمته حيث غصبه لئلا يفوت حق الغاصب في الزيادة، ولو كانت القيمة في المكانين سواء فللمالك أن يطالبه بالمثل؛ لأنه لا يتضرر به واحد منهما.

(باب غاصب الغاصب)

(المبسوط): ولو غصب رجل المغصوب من الغاصب فللمالك أن يضمن الأول والثاني؛ لأن كل واحد منهما غاصب في حقه الأول بتفويت حقيقة اليد والثاني بتفويت إمكان الأخذ عليه من الأول؛ لأن تفويت إمكان الأخذ يلحق بتفويت اليد دفعًا للضرر عن المالك؛ لأنه ربما يكون أخذه من الأول أيسر وأسهل؛ لأن الثاني فوت يد الغاصب الأول ويده يد معتبرة باعتبار أنه يتمكن لها من الرد إلى المالك فوجد التفويت في حقه فضمن الثاني للأول إلا أن الأول إنما يستحق تضمين الثاني لفائدة تؤول إلى المالك، فإنه يأخذ الضمان ويرده إلى المالك فكان للمالك أن يتولى بنفسه بإقامة نفسه مقامه قصرًا للمسافة وإحطاطًا للمؤنة عن الغاصب وإخراجه عن ورطة الضمان؛ لأنه نفع محض في حقه فلا يحتاج فيه إلى الإذن، فإن ضمن المالك الغاصب الأول يرجع الأول على الثاني بما ضمن؛ لأنه ملك المغصوب بالضمان من وقت الغصب فيظهر أن الغصب الثاني صادف ملكه، وإن ضمن الثاني لا يرجع على الأول لانعدام الغصب من الأول في حقه؛ لأنه قابض لنفسه وكذا السارق من الغاصب لا يرجع.

ولو اختار المالك تضمين أحدهما برئ الآخر عندهما، وعند أبي يوسف: لا يبرأ ما لم يقبض الضمان، وقد مرت في البيوع.

ولو وهب الغاصب المغصوب من إنسان أو أعاره فهلك في يده فضمنه المالك لا يرجع على الغاصب، ولو رهنه أو أجره أو أودعه من إنسان وهلك فضمنه

المالك يرجع بالقيمة على الغاصب والفرق أن الموهوب له والمستعير في القبض عامل لنفسه؛ لأن نفعه عائد إليه من كل وجه، فإذا لحقه ضمان ضمن بسبب قبضه لا يرجع بما ضمن على أحد فأما المودع عامل للمودع؛ لأن منفعة قبضه عائدة إلى المودع وكذا قبض المستأجر للأجر معنى؛ لأن عود نفعه إلى الأجر أكثر؛ لأن ما للأجرة وهو الأجرة عين وما للمستأجر منفعة والعين خير من المنفعة لأنها مال مطلق يبقى والمنفعة عرض لا يبقى وكذا الرهن عامل للراهن قبل الهلاك؛ لأن الغير أمانة عنده والحفظ عليه للراهن، ولهذا لا ينوب قبض الرهن عن قبض الشراء؛ لأنه قبض أمانة في الحال وإنما صار مستوفيا لدينه بالهلاك والحاصل أن كل من عمل لنفسه لا يرجع بما ضمن على أحد ومن عمل لغيره، فإنه يرجع بما ضمن على المعمول له؛ لأنه هو الذي أوقعه في الورطة.

(النوادر) ابن سماعة عن محمد: للقاضي أن يأخذ المال من الغاصب والسارق إذا كان المالك غائبًا ويحفظه عليه، فإن ضاع ثم جاء صاحب المال فله أن يضمن الغاصب أو السارق ولا يبرأ بأخذ القاضي؛ لأن للقاضي أن يتصرف في مال الغائب فيما يؤدي إلى حفظه لا فيما يرجع إلى إبراء حقوقه وكون المال مضمونا على الغاصب من حقوق الغائب فلا يسقط بالإبراء من جهة القاضي.

(الجامع): أصله أن القيمة تقوم مقام العين ويسد مسدها ويحكي حكايتها ويستدرك فواتها فيكون أخذ القيمة كأخذ العين بمعناها وكل من له أخذ العين، فله أخذ قيمتها ثم المسائل على فصلين في غاصب الغاصب وفي الغاصب من المودع.

(فصل)

غصب جارية قيمتها ألف فغصبها منه آخر فأبِقَت الجارية يضمن الغاصب الثاني للغاصب الأول؛ لأن للأول أخذها لو كانت قائمة يتمكن من ردها إلى المالك فيتخلص عن ورطة الضمان فكان له أخذ قيمتها ليردها إلى المالك فيبرأ عن الضمان فإن أخذ القيمة فلا سبيل للمالك على الغاصب الثاني؛ لأنه خرج عن عهده الضمان برد القيمة؛ لأن رد القيمة حال عجزه عن رد العين كرد العين، فإن كانت القيمة قائمة عنده فللمالك أخذها لأنها نزلت منزلة العين، وإن كانت هالكة يلزمه

الضمان لمولى الجارية؛ لأنه بمنزلة ما لو استرد الجارية وهلكت عنده؛ لأنه لا يخرج عن عهدة الضمان ما لم يردها إلى المالك، فإن كانت قيمتها ألفا عند الأول فغصبها الثاني وقيمتها ألفان فأبقت فضمنه الغاصب الأول ألفين يأخذهما المالك منه لأنها بمنزلة العين قائمة مقامها، وإن هلكت عنده وقيمتها ألفان لم يضمنه المولى إلا ألف؛ لأن الألف الزائدة أمانة في يده لأنها حدثت بعد الغاصب الأول والزيادة الحادثة في يد الغاصب أمانة كالزيادة في عين المغصوب، فإن ظهرت الجارية والقيمة في يد الأول فللمولى **خيارات ثلاثة**: إن شاء أخذ الجارية، وإن شاء أخذ القيمة، وإن شاء ضمن الأول قيمتها يوم غصبها منه أراد بالتضمين أنه يأخذ القيمة من الأول برضاه فيكون بمنزلة البيع منه؛ لأن الجارية لما عادت من الإباق فقد قدر الأول على رد المغصوب والغاصب ما دام قادرا على رد المغصوب ليس للمالك تضمينه إلا برضاه والغاصب الأول لما ضمَّن الثاني القيمة فقد ملك الجارية منه حكما؛ لأن التضمين تمليك المضمون من الضمين فصار كما لو باع الجارية من الثاني بغير إذن المولى فيتوقف البيع على إجازته إن شاء رده وأخذ الجارية، وإن شاء أجازه وأخذ بدلها، فإن أخذ المولى الجارية رجع الثاني على الأول بالقيمة؛ لأنه متى لم يجز التمليك لم يسلم له المبدل وكان له أن يرجع بالمبدل كما في البيع وإن كانت القيمة هلكت في يد الأول ضمن مثلها للثاني؛ لأنه أخذه بجهة البيع والتمليك ولا يرجع الأول على المولى بشيء؛ لأنه لم يكن وكيل المولى أخذها بحق يد كانت له على الجارية بغير أمر المولى وكان في الأخذ عاملا لنفسه ليردها على المالك لا للمولى وإن أخذ المولى القيمة كان ذلك إجازة للبيع وسلمت الجارية للغاصب الثاني وعليه الاستبراء بعد الإجازة؛ لأن الحيضة التي وجدت قبل الإجازة وحدث قبل الملك ولا تجتزئ من الاستبراء أو إن كان وطئها قبل الإجازة يثبت النسب استحسانًا؛ لأن البيع انعقد موقوفا لا يحل للمشتري وطء الجارية في البيع الموقوف قبل الإجازة إلا أنه انعقد سبب الملك وانعقاد سبب الملك أورث شبهة الملك والنسب تثبت بالشبهة ويكون الولد رقيقا؛ لأن الحرية لا تثبت بالشبهة وإن ضمن الغاصب الأول قيمتها يوم غصبها منه سلمت القيمة التي

أخذها الأول من الثاني الأول ويتصدق بالفضل؛ لأن الأول ملك الجارية بالضمان من وقت الغصب فظهر أنه باعها من الثاني وهي مملوكة له فنفذ بيعه فيسلم له ثمنها وإنما لا يطيب له الزيادة؛ لأنه حين باع لم تكن الجارية ملكا له فكان بمنزلة المودع إذا باع الوديعة وربح فيها ثم ضمن، وكذلك لو أخذ الغاصب الأول القيمة بغير قضاء وقامت البينة على أخذه القيمة؛ لأن أخذ القيمة كأخذ العين، وإن أقر بقبض القيمة أو الجارية من الغاصب الثاني لا يصدق على المولى حتى كان له أن يضمن الثاني ويصدق في حق نفسه حتى يرجع عليه الثاني إن ضمنه المولى؛ لأن إقراره يضمن إبطال حق المولى في تضمين الثاني فلا يصح وإقرار كل إنسان يصح في إبطال حق نفسه دون إبطال حق غيره.

(فصل)

ولو غصب الجارية من مودع المولى فأبِقَت [فللمودع][1] أن يضمن بقضاء أو بغير قضاء؛ لأن المودع أخذ عينها ليحفظها على المالك فيكون له أخذ قيمتها؛ لأن أخذ القيمة من باب الحفظ وصار كالغاصب الأول هو أحق؛ لأن يد المودع يد نيابة وأمانة، فإن أخذها ثم ظهرت الجارية فللمولى أن يأخذ القيمة إن شاء، وإن شاء أخذ الجارية.

وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله: له أخذ القيمة دون الجارية؛ لأن المودع مأمور بأخذ القيمة من جهة المولى؛ لأنه من باب الحفظ فصار أخذ المودع القيمة كأخذ المولى.

ولو أخذ المولى القيمة لم يبق له سبيل على أخذ الجارية فكذا هذا. وجه ظاهر الرواية: أن المودع غير مأمور بأخذ المودع نصًّا وإنما ملك الأخذ بمقتضى الأمر بحفظ الجارية؛ لأنه لا يتهيأ له الحفظ حال عجزه عن أخذ الجارية إلا بأخذ القيمة فيظهر ثبوته في حق ما يرجع إلى الحفظ وهو التوثق لا في حق تمليك الجارية من الغاصب وليس فيه حفظ بل هو إزالة الجارية عن ملكه بغير أمره فيقف على

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): فللمولى.

إجازته، فإن أخذ الجارية رجع الغاصب على المودع بما أخذ منه، فإن كانت القيمة هالكة ضمنها ويرجع بها على المالك؛ لأن المودع في أخذ القيمة عامل للمولى؛ لأنه أخذها ليحفظها عليه فيرجع عليه بما لحقه من ضمانه ومؤوناته، فإن أقر المودع بقبض القيمة من الغاصب يصدق ويبرأ الغاصب؛ لأنه مأمور بقبض القيمة للحفظ وكان مسلطا على القبض من جهة المولى فيصدق في حق المولى ولا كذلك الغاصب الأول، فإن ظهرت الجارية واختار المولى أخذها رجع الغاصب على المودع ولا يرجع هو على المولى؛ لأنه مسلط على قبض القيمة غير مسلط على إيجاب الضمان عليه كالوكيل بالبيع إذا قال استوفيت الثمن وكذبه الموكل يصدق في حق براءة المشتري عن الثمن ولا يصدق في حق رجوعه على الموكل، ولا يطأ الغاصب الجارية حتى يختار المولى القيمة وكذا بيعه وعتقه موقوف؛ لأن تمليك المودع موقوف كبيع الفضولي والنسب ثابت إن وطئ والولد رقيق كالوجه الأول.

(باب اختلاف الغاصب والمغصوب منه)

(المبسوط): ولو اختلف في عين المغصوب أو صفته أو في قيمته وقت الغصب فالقول للغاصب؛ لأن المالك يدعي عليه زيادة مقدار أو زيادة جودة أو زيادة ضمان وهو ينكر فيكون القول للمنكر.

ولو غصب من رجل ثوبا فضمن عنه رجل قيمته واختلفوا في القيمة؛ فقال الكفيل: عشرة. وقال الغاصب: عشرون. وقال المالك: ثلاثون. فالقول للكفيل ولا يصدق واحد منهما عليه؛ لأن المكفول له يدعي على الكفيل زيادة وهو ينكر والغاصب يدعي زيادة عشرة وإقرار كل مقر يصح في حقه ولا يصح في حق غيره فيلزمه عشرة أخرى دون الكفيل.

ولو قال الغاصب: رددت المغصوب عليك، وقال المالك: لا بل هلك عندك فالقول للمالك؛ لأنه أقر بسبب وهو وجوب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يصدق إلا بحجة كما لو قال أخذت مالَكَ بإذنك أو أكلت مالك بإذنك وأنكر صاحب المال الإذن.

ولو أقام الغاصب البينة أنه رد الدابة المغصوبة وأقام المالك البينة أنها نفقت من ركوبه أو أتلفها الغاصب ضمن الغاصب؛ لأنه لا تناقض ولا تنافي بين البينتين لجواز أنه ردها إليه ثم ركبها بعد الرد ونفقت من ركوبه ويكون هذا منه غصبا مستأنفا فتعمل البينتان على هذا الوجه توفيقا وتلفيقا بينهما.

ولو أقام الغاصب البينة أنه ردها ونفقت عنده وأقام المالك البينة أنها نفقت عند الغاصب ولم يشهدوا أنها نفقت من ركوبه لا ضمان عليه لأنا متى جعلنا كأن الغاصب ردها ثم نفقت بعد الرد عنده من غير صنعه بأن انفلتت الدابة بعد الرد فلا يثبت فيه رد مستأنف فأقام المالك البينة أنه مات المغصوب عند الغاصب وأقام الغاصب البينة أنه مات عند المالك فبينة الغاصب أولى لأن بينة المالك قامت على الموت لا على الغصب؛ لأنه ثابت بإقرار الغاصب والضمان يجب بالغصب لا بالموت ولا يفيد إقامة البينة على الموت وبينة الغاصب مثبتة للرد؛ لأنها تثبت للموت في يد المالك ويتعلق به الرد فكانت أولى، ولو شهدوا أنه غصب هذا العبد ومات عنده وشهد شهود الغاصب أنه مات في يد مولاه قبل الغصب لم تقبل هذه الشهادة؛ لأن موته في يد مولاه قبل الغصب لا يتعلق به حكم؛ لأنه لا يفيد الرد وإنما يفيد نفي الغصب وبينة المولى تثبت الغصب والضمان فكانت أولى.

(**النوادر**): لو أقام المالك البينة أن الغاصب غصب يوم النحر بالكوفة وأقام الغاصب البينة أنه كان يوم النحر بمكة هو أو العبد فالضمان واجب على الغاصب؛ لأن كينونته بمكة لا تتعلق به بحكم فسقطت بينته وبينة المالك تثبت الغصب والضمان.

رجل في يديه جبة ادعى آخر أنه غصبها منه فأقر له بالظهارة أو بالبطانة فالقول له مع يمينه؛ لأنه أقر بغصب أحدهما وأنكر غصب الآخر ويضمن قيمة الظهارة؛ لأنه أحدث في الظهارة صنعة متقومة وهو التضريب على البطانة وقد استهلكها من وجه؛ لأن الظهارة صارت تابعة لملك الغاصب وهو الحشو والبطانة لأنها أكثر من الظهارة ويصير الأقل تابعًا للأكثر صيانة لحق الغاصب كما في الساجة يدخلها في بنائه.

غصب جارية ثم أعتقها أو دبرها أو استولدها ثم أقر بأنه غصبها من فلان وليس للمدعي بينة ضمن قيمتها ولا يبطل ما فعل؛ لأن ملكه كان ثابتا ظاهرا بظاهر يده فثبتت الحرية إذ حق الحرية ظاهرا فقبل إقراره على نفسه بإيجاب قيمة الجارية عند العجز عن ردها ولا يقبل إقراره في إبطال حق غيره وهو الحرية، كما لو باعها ثم أقر أنه غصبها من فلان ولا يضمن قيمة الولد؛ لأنه لما ضمن قيمة الجارية يوم الغصب ظهر أن الاستيلاد حصل في ملكه؛ لأن استناد الملك في الجارية إلى وقت الغصب يظهر في حق صحة الاستيلاد؛ لأنه تصرف يصح في الملك فصار كالبيع، فإن أقام المدعي البينة قضى له بها وبولدها؛ لأن حق الحرية للجارية وحقيقة الحرية للولد ثبت من حيث الظاهر والثابت من حيث الظاهر يبطل متى قامت البينة العادلة بخلافه كالملك الثابت بظاهر اليد.

(باب التصرف في المغصوب والانتفاع به)

(المبسوط): أجر الغاصب المغصوب فالأجرة له؛ لأن المنافع لا تقوم إلا بالعقد والعقد حق العاقد والأجرة لا تجب إلا بالعقد وكانت كسبًا فيكون له، بخلاف ما إذا زوج الأمة المغصوبة ووطئها الزوج فالعقر للمالك دون الغاصب؛ لأن العقر يجب باستيفاء منفعة البضع عند قيام الشبهة لا بالعقد، ألا ترى أن المجنون لو أكره امرأة فزنا بها وجب العقر، وإن تعرى الوطء عن مقدمة العقد فدل أن العقد غير محتاج ليتقوم منافع البضع بالمال فصار وجود هذا العقد وعدمه بمنزلة، ولو عدم العقد أصلًا حتى وجب العقد بالوطء بالشبهة كان للمالك فكذا هذا، وتصدق بالأجرة عندهما لأنها حصلت بسبب خبيث فيتمكن فيها الخبث لخبث سببها.

وعند أبي يوسف الأجرة طيبة له كالمودع إذا تصرف في الوديعة وربح يطيب له الربح عنده خلافًا لهما ويستعين بالأجرة في ضمان القيمة، ولو باعه من آخر وأخذ ثمنه وهلك المغصوب في يد المشتري فضمن المالك المشتري القيمة فأراد الرجوع على الغاصب بالثمن، وإن كان فقيرا يستعين بالأجرة أو الثمن، فإن كان غنيا لا يستعين والفرق بينهما أن في الأولى صرف القيمة إلى من يمكن الخبث لحقه؛ لأن الخبث يمكن لحق المالك فيزول الخبث بالوصول إليه، وفي الثانية

صرفها إلى من لم يتمكن الخبث لحقه؛ لأن الخبث في الآخرة لم يتمكن لشبهة ملك المشتري ولم يزل الخبث بدفعها إليه بل سبيله الوضع في الفقير. ثم إن كان عند استهلاك الثمن غنيًا يتصدق بمثلها، وإن كان فقيرا فلا؛ لأن سبيل هذا المال الوضع في الفقير، فإذا وضعه في نفسه وهو غني ضمن وإلا فلا، ولو تصرف الغاصب أو المودع في الوديعة والمغصوب وربح، فإن كان غنيًا يتصدق بالربح عندهما، وعند أبي يوسف لا يتصدق به؛ لأن الربح حصل على ملكه وضمانه؛ لأنه إذا ضمن بملكه من وقت الغصب فيطيب له الربح كالمبيع إذا اكتسب قبل القبض.

لهما: أن الربح إنما يطيب له بإباحة التصرف في المستفيد وإنما يستفيد بإباحة التصرف بالملك لا بالضمان بدليل أن المرأة إذا تصرفت في المهر قبل القبض أو الموهوب له في الهبة يطيب لهما الربح وإن لم يوجد الضمان في حقهما لاستباحة التصرف في حقهما بالملك وهنا اختل الملك وقت الربح؛ لأن الغصب لم يوضع شيئًا لاستجلاب الملك، وإنما يصير شيئًا لضرورة تحقيق المبادلة عند التضمين فيثبت شبهة عدم الملك وقت الغصب فيمكن فيه شبهة الخبث في التصرف بحصوله في ملك الغير من وجه فتمكنت شبهة الخبث في الربح، وإن كان المغصوب دراهم أو دنانير فاشترى بها جارية فباعها بألفين يتصدق بالربح، وظاهر قوله اشترى بها يدل على أنه أراد به إذا أشار إليها ونقد منها.

وذكر الكرخي وبعض مشايخنا أنه يطيب له الربح إلا أن يشير إليها وينقد منها؛ لأن الإشارة إليها لا تفيد التعيين في الاستحقاق ولا يتعلق جواز الشراء بعينها بل بمثلها دينا في الذمة فصار وجود الإشارة وعدمها بمنزلة إلا أن تتأكد الإشارة بالنقد منها فيكون النقد تصرفا في ملك الغير وإنه حرام فقد استفاد الربح بتصرف خبيث فيتصدق بخلاف ما لو اشترى بالثمن المبيع بيعا فاسدا بيننا وأشار إليه ونقد منه يطيب له الربح؛ لأن الثمن صار ملكا له بالقبض بتراضيهما فيكون التصرف مصادفًا ملكه من كل وجه إلا أنه متى نقص البيع واسترد المبيع يلزمه رد مثل الثمن لا رد عينه ولكن هذا لا يوجب شبهة الخبث في التصرف للحال وكذا لو اشترى بالدراهم المغصوبة طعاما حل له التناول.

ولو اشترى بالدراهم المغصوبة دنانير لم يجز له أن يتصرف في الدنانير؛ لأن الدراهم لو استحقت بعدما افترقا انتقض البيع في الدنانير فوجب عليه ردها، فأما البيع في الطعام لا ينتقض باستحقاق الدراهم؛ لأنه يجب عليه رد مثلها لا رد عينها، ولو اشترى بالثوب المغصوب جارية لم يسعه أن يطأها حتى يدفع قيمة الثوب إلى صاحبه؛ لأن بالاستحقاق تبين أن البيع وقع فاسدا؛ لأن الشراء بعين مستحق فاسد؛ لأن البيع تعلق بعين الثوب، ولهذا لا يفيد الملك في بدل المستحق إلا بالقبض وفي البيع الفاسد لا يحل له وطء الجارية المبيعة بخلاف ما لو اشترى بالدراهم المغصوبة جارية حل له وطؤها؛ لأن البيع لم يتعلق بعين تلك الدراهم، ولو تزوج بالثوب المغصوب امرأة حل له وطؤها؛ لأن النكاح لم ينتقض باستحقاق المهر ويصح بدون المهر لما عرف، ولو أخذ المالك القيمة يقول الغاصب في الجارية المغصوبة الغائبة لم يحل للغاصب وطؤها واستخدامها ولا بيعها إلا أن يعطيه قيمتها بتمامها؛ لأن هذه مبادلة فاسدة لأنها وقعت من غير طواعية المالك ورضاه، ولهذا يثبت له ولاية الفسخ واسترداد المغصوب دفعًا للعين عن نفسه ولو أعتقها الغاصب بعد القضاء بالقيمة الناقصة جاز عتقها وعليه إتمام القيمة كالعتق في الشراء الفاسد، ولو أقام بينة زور على رجل أنه باع منه هذه الجارية بألف فقضى القاضي به وأمره بنقد الثمن ودفع الجارية إليه وقيمتها ألف أو أقل منها بما يتغابن الناس فيه حل له وطؤها، وإن كان أقل منها بما لا يتغابن الناس فيه لم يحل له وطؤها؛ لأن قضاء القاضي في العقود المعاوضة ينفذ ظاهرًا وباطنًا. عند أبي حنيفة: يثبت بينهما مبادلة حكمية بالقضاء وفي المبادلة الحكمية يشترط المعادلة في القيمة كما في الغصب؛ لأن بملك مال الغير لا ببدل يعدله لا يطيب له الربح؛ لأن الظاهر أن صاحبه لا يرضى به بخلاف ما لو أقام بينة زور على رجل أنه وهب له جاريته هذه وقبضها منه وقضى القاضي بها لم يحل له وطؤها ولا استخدامها؛ لأنه لم يدفع لها بدلا فيكون ملكا مرسلا والقضاء بشهادة الزور في الأملاك المرسلة لا ينفذ بالإجماع.

ولو غصب حنطة فطحنها أو لحما فطبخه أو شواه أو غزلًا فنسجه ونحو ذلك صار ملكًا له بالضمان وحل له أكله عند أبي حنيفة، وعندهما لا يحل حتى يؤدي الضمان، وهذا بناء على أن شرط الطيب عنده ملك البدل لا أداؤه وعندهما أداء

البدل لهما حديث الشاة المصلية، فإن النبي عليه السلام قال: "**أَطْعِمُوهَا الْأُسَارَى**" ولم يطلق لأصحابه الأكل منها، ولو كان لهم حل الانتفاع لما أمرنا بالتصدق ولا أطلق لهم التناول ولأن شرط الطيبة هو رضاء المالك والرضاء لا يحصل إلا بأداء الضمان. له: أنه لما ملكه بالبدل فقد انقطع حق المالك عنه ولا يعتبر رضاه وسخطه لطيبه وخبثه؛ لأن الملك مطلق له التصرف في ملكه، وعلى هذا لو غصب طعاما فمضغه حتى صار مستهلكا فلما ابتلعه فقد ابتلعه حلالا عنده، وعندهما: لا وإذا أدى الغاصب قيمته أو ضمنه المالك أو الحاكم أو أبرأه منه حل له الأكل؛ لأن بالبراءة سقط حقه وبالتضمين وصل إليه حقه فكان راضيا به وكذا القاضي لا يضمنه إلا بطلب المالك وكان راضيا به.

ورُوي عن أبي يوسف ومحمد: لو زرع في أرض غصب فلا بأس بأكل ذلك الطعام ويشتري منه إلا أن الزارع يتصدق بثمنه ولا يحل له أكله إلا بقدر بذره ويتصدق بالباقي على الفقراء؛ لأن غير الزارع يتملك له بسبب صحيح وهو الشراء فيطيب له والزارع يملكه وما زاد على بذره بسبب خبيث وهو الزراعة في الأرض المغصوبة. رجل غصب نخلة أو تالة فغرسها يكره الانتفاع بها حتى يعطيه قيمتها، وكذلك لو غصب قصبانا لها قيمة فغرسها وحملت؛ لأن عين المغصوب قائم وازداد في نفسه وكبر في ذاته، ولو غصب نواة فصار نخلا أو حنطة فزرعها جاز الانتفاع به؛ لأن النوى والحنطة تعفن وتهلك بالتراب فلم يبق عين المغصوب بل صار شيئًا آخر، وكذلك لو غصب بيضا فحضنها تحت دجاجة فخرج منها فراريخ فلا بأس بالانتفاع بها قبل أن يؤدي ضمان البيض؛ لأنه قد تغير عن حال الغصب وصار شيئًا آخر.

قال أبو يوسف: رجل دفع إليه سارق متاعا أحب إلي أن يتصدق به إذا لم يعرف صاحبه، وإن عرف صاحبه رده عليه ولا يسعه أن يدفعه إلى سارقه.

(باب ضمان الاستهلاك)

(المبسوط): ذمي غصب خمر ذمي أو أتلفها ضمن مثلها، وإن غصبها منه مسلم أو أتلفها ضمن قيمتها، وكذلك الخنزير.

وقال الشافعي: لا يضمن.

والصحيح قولنا؛ لأنه أتلف مالًا متقومًا على الذمي؛ لأن الخمر والخنزير مال متقوم في حقهم؛ لأنه منتفع به حقيقة؛ لأنه يحصل بها التعدي والتقوي ومطلق الانتفاع بها شرعا في حقهم فإنهم لا يمنعون عن الانتفاع بها، ولو كانت الحرمة وردت في حق المسلم خاصة لكونه سببا لوقوع العداوة والبغضاء بينهم والصد عن ذكر الله وعن الصلاة وذلك يتحقق في حق المسلم دون الكافر بل إيقاع العداوة بينهم لتفريق كلمتهم وتشتيت جمعهم وشملهم مستحب غير أن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر فعجز عن رد المثل فيضمن قيمتها كالمسلم إذا عجز عن رد مثل المغصوب يضمن قيمته، فإن أسلما أو أسلم أحدهما قبل القضاء بالضمان أو بعده يبطل الضمان ولا يأخذه بشيء عند أبي حنيفة وعندهما، وهو رواية عن أبي حنيفة.

وعندهما: إن أسلم الغاصب ينتقل إلى القيمة، وإن أسلم المغصوب منه يبطل.

لهما: أن هذا ضمان إتلاف من وجه من حيث إنه يجب بالإتلاف وضمان معاوضة من وجه من حيث إنه أفاد الملك في المضمون، فإذا أسلم المغصوب سقط الضمان؛ لأنه لا يجب للمسلم على الذمي قيمة الخمر لا ضمان معاوضة ولا ضمان إتلاف، وإذا أسلم الغاصب فباعتبار أنه ضمان إتلاف ولا يسقط؛ لأنه يجب للذمي على المسلم قيمة الخمر ابتداء فلأن يبقى أولى، له أن الحق في الخمر قد سقط بإسلام أيهما كان وقيمة الخمر لم تكن واجبة فباعتبار أنه ضمان إتلاف أمكن إيجاب القيمة وباعتبار أنه معاوضة لا يمكن إيجاب القيمة؛ لأن المسلم ممنوع عن المعاوضة في الخمر والقيمة لم تكن واجبة فلا تجب بالشك، وإن غصب خنزيرًا وأسلما أو أحدهما بعد القضاء بالقيمة، فإنه لا يسقط بالإسلام؛ لأن القيمة تبقى في الذمة بعد الإسلام في ضمان المعاوضة وضمان الإتلاف جميعًا وإن أسلما أو أحدهما قبل القضاء بالقيمة فعند أبي حنيفة يسقط؛ لأن الحق يعد في الحرام وهو الخنزير فلم ينتقل إلى القيمة، ولهذا قال يجوز الصلح على أكثر من قيمته وعندهما وهو رواية عن أبي حنيفة لا يسقط؛ لأن الحق قد انتقل إلى القيمة بنفس الاستهلاك لما بينا في كتاب البيوع، وكذلك فرض الخمر يسقط عند أبي حنيفة في رواية وفي رواية لا يسقط.

(فصل)

رجل حل دابة لرجل أو قيد عبده أو فتح باب داره أو قفصه وفيه طير فذهب لم يضمن خلافًا للشافعي فيما إذا طار الطير من فوره.

وروى هشام عن محمد أنه يضمن سواء مكث ساعة أو لم يمكث؛ لأنه سبب لذهاب ماله؛ لأن الطير مجبول على الطيران إذا وجد مخلصًا يطير وهو متعدٍّ في التسبب فيضمن كما لو شق زق دهن.

لنا: أنه تخلل بين تسبيبه وبين التلف فعل فاعل مختار؛ لأن الذهاب حصل بفعل مختار وهو طيران الطير وذهاب الدابة وإباق العبد واختيارهم في ذلك صحيح وتركه منهم متصور إذ الاختيار لا يفسد بانعدام العقل كالمجنون إذا أتلف مال إنسان يضمن وكالكلب المعلم إذا اصطاد وأمسكه على صاحبه يصح فيضاف التلف إلى مباشرتهم لا إلى التسبيب كالحافز مع الدفع.

ولو حل رأس زق فيه دهن فسال أو قطع علائق قنديل فانكسر ضمن؛ لأنه سبب لتلفه بإزالة ما يمسكه؛ لأن مسكة الدهن بالزق والقنديل في الهواء بالحبل، فإذا زالت المسكة انسال الدهن وسقط القنديل لا محالة ولم يتخلل بين التلف وتسبيبه فعل مختار فصار التلف مضافًا إلى فعله، وإن كان السمن جامدا فشقه فذاب في الشمس ثم سال الدهن لم يضمن؛ لأن الجامد يستمسك بنفسه لا بالزق، فإنه ليس بمسيل فلم يكن شق الزق إتلافا وإنما صار مائعا سيالًا لا بحرّ الشمس المذيب.

(**الجامع الصغير**): ومن كسر بَرْبَطًا[1] أو مزمارًا أو دُفًّا لإنسان ضمن عند أبي حنيفة خلافًا لهما وقد مرت في البيوع ولم يذكر كيفية قيمته.

---

(١) البَرْبَطُ: العود، أَعجمي ليس من مَلاهي العرب فأَعربته حين سمعت به.

التهذيب: البربط من ملاهي العجم شبه بصدر البَطّ، والصدْرُ بالفارسية بَرْ فقيل بَرْبَطٌ.

وفي حديث علي بن الحسين: لا قُدِّسَتْ أُمَّةٌ فيها البَرْبَطُ ؛ قال: البَرْبَطُ مَلْهاة تشبه العود، فارسي معرَّب ؛ قال ابن الأَثير: أَصله بَرْبَتْ فإِن الضارب به يضعه على صدره، واسم الصدر بَرْ.

وذكر في (المنتقى): أنه يضمن قيمته متحريًا ألواحًا غير مؤلفة؛ لأن الألواح ليست بمحرمة لأنها قد تستعمل في غير المعصية وإنما المحرم هو التأليف على الوجه الذي يحصل به التغني وهذا بمنزلة ما لو أتلف جارية مغنية يضمن قيمتها غير مغنية، وكذا لو أتلف كبشًا نطوحًا أو ديكًا مقاتلًا لا يضمن لهذه الصفقة لأنها محرمة غير متقومة.

(المنتقى) قال محمد: مسلم أتلف صليبًا لذمي ضمنه قيمته صليبًا لأنا على هذا صالحناهم أي التزمنا بالذمة معهم أنا لا نتعرض لهم بإتلاف مالهم، وإن أحرق بابًا منحوتًا عليه تماثيل منقوشة يضمن قيمته غير منقوشة؛ لأن نقش التماثيل حرام غير متقوم ولا يزداد تقومه به في حق الضمان وإن كانت التماثيل مقطوعة الرأس يضمن قيمته منقوشا؛ لأنه غير حرام بمنزلة منقوش أشجار، وإن أحرق بساطا فيه تماثيل رجال فعليه قيمته منقوشا؛ لأن التماثيل في البساط غير محرم.

ولو هدم بيتا مصورا بالأصباغ تماثيل الرجال والطيور يضمن قيمة البيت والصبغ غير مضمون لما بينا.

قال أبو يوسف رحمه الله: رجل حرق طيلسانا لرجل ثم رماه، قال أقوِّمه صحيحا وأقوِّمه مرقومًا صحيحًا أضمنه فضل ما بينهما.

رجل حفر بئرا في ملكه وطمها رجل بترابها قال أقوّمها محفورة وغير محفورة فأضمنه فضل ما بينهما، وإن طرح فيها ترابا أجبره على أن يخرجه، وإن كانت في الصحراء وإن لم يخرج الماء فليس على من طمها شيء، فإن خرج الماء فقد استحقها بالإحياء؛ لأنه بئر عطن فيضمن بفضل ما بينهما. رجل قطع شجرة في دار رجل بغير أمره فرب الدار بالخيار إن شاء ترك الشجرة على القاطع وضمنه قيمة الشجرة قائمة، وإن شاء أمسك الشجرة وضمنه قيمة نقصان قائمًا وهي أن يقوّم الدار مع الشجرة ويقوّم بغير الشجرة فيكون فضل ما بينهما قيمة الشجرة قائمًا ثم ينظر إلى ذلك وإلى قيمة الشجرة المقطوعة وقيمتها غير مقطوعة سواء فلا شيء عليه؛ لأنه لم يتلف عليه شيئًا وشجرة الجوز إذا أخرجت جوزا صغارا رطبة فأتلف إنسان تلك الجوزات يضمن نقصان الشجرة؛ لأن تلك الجوزات وإن لم يكن مالًا

حتى لا يضمن بالإتلاف على الشجرة فإتلافها على الشجرة ينقص قيمة الشجرة فيضمن نقصان الشجرة فينظر أن هذه الشجرة بغير تلك الجوزات بكم تشترى ومع تلك الجوزات بكم فيضمن فضل ما بينهما. رجل أحرق كدسا لرجل إن كان البر في السنبل أقل قيمة مما كان خارج السنبل فعليه القيمة، وإن كان أكثر فعليه بر مثله وقيمة الحقل والتبن للغاصب معناه البر خارج السنبل أقل قيمة وفي السنبل أكثر قيمة. رجل أصاب في زرعه أو داره دابة فأخرجها فذهبت الدابة من إخراجه أو أكلها ذئب فلا ضمان عليه نص عليه محمد في (**المنتقى**).

والصحيح ما قاله مشايخنا: إن أخرجها ولم يسقها بعد ذلك لا يضمن؛ لأن له ولاية الإخراج صيانة لملكه؛ لأنه فعل ما يجب على المالك أن يفعل لو رفع الأمر إلى القاضي وإن ساقها بعد الإخراج قيل إن ساقها إلى مكان يأمن منها على زرعه لا يضمن؛ لأنه كأنه أخرجها من زرعه، وقال عامة مشايخنا: يضمن، وكذلك الراعي إذا وجد في الصوار بقرة لغيره فطردها قدر ما يخرج من بين صواره لا يضمن لما رُوي عن جرير بن عبد الله البجلي: أنه أراح سرحه فرأى فيها بقرة فطردها وقال لا يؤوي: يعني لا يمسك الضالة إلا الضال.

وذكر أبو الليث في (**نوازله**): إن وجد بقرة في زرعه فأخبر صاحبها ليخرجها فأخرجها صاحبها فأفسدت الدابة عند الإخراج يضمن إن لم يأمره صاحب الزرع بالإخراج؛ لأن التلف إنما حصل بالإخراج بغير إذنه، فإن أمره بالإخراج لا يضمن؛ لأن فعل الإخراج بأمره فما تلف به يحصل بإذنه. رجل أدخل دابة في دار رجل فأخرجها صاحب الدار فهلكت لا يضمن، وإن وضع ثوبا فرمى به صاحب الدار فضاع ضمن؛ لأن ركوب الدابة في داره يضر به فله أن يدفع الضرر بالإخراج وكون الثوب في داره لا يضر به فكان الرمي به إتلافا فضمن.

(**النوادر**): رجل قال لآخر احفر لي بابًا في هذا الحائط ففعل، فإذا الحائط لغيره ضمن الحافر ويرجع به على الآمر، ولو قال له احفر في هذا الحائط بابا ولم يقل في حائطي لا يرجع عليه بالضمان؛ لأن الأمر لم يصح بزعمه؛ لأنه ما أمره بالحفر له فصار كما لو قال أتلف هذا المال لم يضمن الآمر، وإن كان الآمر ساكنا في تلك

الدار أو استأجره على الحفر رجع بالضمان عليه؛ لأن السكنى والاستئجار من علامات الملك فصح الأمر بزعم الحافر ونظير هذه مرت في الوكالة، لو قال لرجل اشتر لي عبدًا بألف درهم فظهر أنه لغيره. رجل حَلَّ سفينة مشدودة يوم ريح شديد فغرقت السفينة ينظر إن وقفت بعد الحَلِ وإن قلَّ ثم سارت وغرقت لم يضمن؛ لأنه تحلل بين فعله وبين الغرق واسطة تقطع أثر فعله وهو نقل الريح من ذلك الموضع فصار كما لو هبت الريح بحمرة وذهبت بها من موضعها وأحرقت شيئًا لم يضمن ولم يكن الغرق مضافا إلى فعله وإن لم يقف وسارت وغرقت ضمن؛ لأن الغرق مضاف إلى فعله. رجل دخل على صاحب دكان بإذنه فتعلق بثوبه شيء فسقط وتلف لا يضمن، هكذا ذكره الناطفي في واقعاته وقيل يضمن؛ لأنه غير مأذون فيما تلف بفعله. رجل تعلق برجل وخاصمه فسقط من المتعلق به شيء وضاع ضمن المتعلق؛ لأنه ضاع بفعله؛ لأنه لولا تعلقه به لما سقط عنه، وكذلك لو جلس على طرف ثوب رجل بغير أمره فقام رب الثوب فتخرّق الثوب يضمن الجالس؛ لأنه صار بمنزلة الحادث له ونظيره قد مر في كتاب الديات.

ولو دخل على رجل فأذن له فجلس على وسادة له، فإذا تحتها قارورة فيها دهن وهو لا يعلم به فاندفقت وذهب الدهن ضمن الدهن وما تخرق من الوسادة وفسد منه؛ لأنه أذن له بالدخول لا بالجلوس على الوسادة، ولو كان أمره بالجلوس عليها فتخرق من جلوسه لم يضمن؛ لأنه مأذون فيه.

رجل شرج لبنًا أو ألقى ترابًا كثيرًا على جدار جاره حتى انهدم الحائط، فإن كان اللبن مشرجًا على الحائط متصلا بحيث دخل الوهن في الحائط من ثقله فهو ضامن؛ لأنه حصل التلف بفعله وإلا فلا.

رجل نقض تأليف حصير رجل أو كلَّ ما كان مركبا كالسلم والسرير أو نزع بابَ داره من موضعه أو حل سرج إنسان إن أمكنه إعادته إلى ما كان يؤمر الناقض بالإعادة؛ لأنه قادر على رد عين الحق وإن لم يمكن إعادته ضمن قيمته صحيحًا مؤلفا وسلم المنقوض له؛ لأنه عجز عن إعادة عين الحق فيجب بدله وهو القيمة، وكذلك لو هدم جدار رجل ثم بناه كما كان قبل أن يضمن له القيمة فلا شيء عليه

كما لو فتق مخيط إنسان ثم خاطه ولو حل شراك نعل رجل، فإن لم يكن في إعادة شراكه مؤونة مثل ما يستعمل العامة فلا شيء عليه؛ لأنه لم يتلف شيئًا متقوما، وإن كان في إعادته مؤونة ولم يدخله عيب يؤمر بالإعادة ولا شيء عليه وإن نقصه يضمن النقصان.

(فصل)

دجاجة ابتلعت لؤلؤة رجل، أو أترجة دخلت قارورة إنسان فإنهما أكثر قيمة، يؤمر صاحبه بأن يدفع قيمة الآخر ويتملك مال صاحبه إن أراد؛ لأن الجمع في الخيار بينهما غير ممكن فترجح بالكثرة.

ولو أدخل رجل أترجة لرجل في قارورة لآخر يضمن قيمة كل واحد منهما لصاحبه؛ لأنه أتلفهما وتكون الأترجة والقارورة له؛ لأن المضمون يملك بأداء الضمان. رجل أودع عند رجل فصيلا فأدخله المودع في بيته ثم كبر ولم يقدر على إخراجه إلا بقلع بابه، فإنه ينظر إلى قيمة ما تهدم في البيت وإلى قيمة الفصيل أيهما أكثر يؤمر صاحبه بأن يدفع قيمة الآخر ويملك مال صاحبه إن أراد، ولو استعار المودع بيتا وأدخل الفصيل فيه ثم عظم الفصيل يؤمر صاحب الفصيل بإخراجه إن أمكنه أو ينحره ويجعله قطعا قطعا؛ لأنه لا يمكن لرب الفصيل هدم باب البيت؛ لأن المالك لم يرض به فتعين هذا، وإن كان حمارا أو بغلا، فإن كان ضرر هدم الباب فاحشا فكذلك، وإن كان يسيرا له أن يقلع الباب ويغرم مقدار ما أفسد من الباب؛ لأنه لو لم يجعل كذلك يتضرر صاحبه بفواته أصلا. رجل حرق صك رجل أو دفاتر حسابه قيل يضمن على قدر ما ينتفع به صاحبه وقال عامة مشايخنا يضمن قيمة الصك والدفاتر مكتوبا دون ما ينتفع به. رجل ربط حمارًا على سارية فجاء رجل آخر وربط حمارًا آخر على تلك السارية فعض أحد الحمارين الآخر إن ربطا في موضع لهما ولاية الربط بأن لا يكون طريقًا ولا ملكًا لأحد لا يضمن صاحب الحمار؛ لأن الربط ليس بتعدي وجناية منه والعض فعل الدابة وإنه هدر وإن ربطا في موضع ليس لهما ولاية الربط كالطريق وملك غيره ضمن؛ لأن ربطه تعدٍّ منه فما تولد منه يكون مضمونًا عليه كمن أوقف الدابة في السوق فأتلفت أشياء. رجل

قتل ذئبًا أو أسدًا لرجل لم يضمن وإن قتل قردا يضمن؛ لأن القرد له قيمة؛ لأن القرد يخدم في البيت ويكنس البيت فصار بمنزلة الكلب والذئب والأسد لا قيمة له؛ لأنه غير منتفع به.

(الفتاوى): ذهبت دابة رجل ليلا أو نهارًا بغير إرسال صاحبها فأفسدت زرع رجل لا ضمان عليه، وقال الشافعي إن ذهبت ليلا يضمن ونهارًا لا يضمن.

والصحيح قولنا؛ لأنه لم يوجد من صاحب الدابة السبب إلى التلف؛ لأنه لم يوجد منه إرسال الدابة بل ذهبت باختيارها وأتلفت بفعلها وفعل الدابة هدر. المصلي إذا وقعت قلنسوته بين يديه فنحَّاه رجل من بين يديه، فإن وضعه حيث تنال يده فسرق لم يضمن؛ لأنه ما أزال يده عنه، وإن كان أكثر ضمن؛ لأنه أزال يده عنه. رجل تدلّت أغصان شجرة في دار جاره وله منها ضرر فقطعها ينظر إن أمكن شدها بحبل حتى يفرغ هواء دار جاره من غير قطع ضمن؛ لأنه متعد في قطعه وإن لم يمكن الشد لغلظ الأغصان إن قطعها في موضع كأن يقطعها الحاكم لو رفع إليه لم يضمن؛ لأنه فعل ما يفعله الحاكم لو رفع الأمر إليه فكان مأذونا فيه شرعا. ولو صب رجل ماء في تنور مسجور لآخر يضمن فضل ما بين قيمة التنور مسجورا وغير مسجور. دفع المديون الدراهم إلى الطالب وأمره أن ينتقدها وهلكت في يده هلكت من مال المديون، ولو دفع إلى الطالب ولم يقل شيئًا ثم دفع الطالب إلى المديون لينتقدها فهلكت في يده هلكت من مال الطالب كما لو دفع إلى أجنبي لينتقدها؛ لأنه وقع القضاء والاقتضاء بالدفع إلى الطالب فصلح المطلوب نائبًا عنه في الانتقاد فصار نائبا عنه. رجل له على آخر درهم فدفع المطلوب إلى الطالب درهمين أو درهما ثم درهمًا وقال خذ درهمك منهما فضاع الدرهمان قبل أن يعين درهمه هلك على المطلوب وللطالب درهمه لأنها وديعة في يد الطالب حتى يأخذ حقه منهما. استعار مشتري العصير من بائعه حمارًا ليحمل عليه العصير فقال له البائع خذ ولا تخلِّ عذاره فأسرع في المشي فسقط فانكسر ضمن المشتري قيمة الحمار؛ لأنه تسبب لتلفه بتخلي العذار. حمّال نزل مفازة وكان يتهيأ له الانتقال ولم ينتقل حتى فسد المتاع ضمن. وقف ثور فصار في الطريق وعليه ثياب فمر عليه

راكب فمزق بعض الثياب الذي على الثور ينظر إن رأى الراكب الثور ضمن وإن لم يبصر لم يضمن؛ لأنه غير متعد فيه.

ولو مر على ثوب موضوع على الطريق وهو لا يبصر فتخرق لا يضمن؛ لأنه ليس للقصار وضع الثوب على الطريق وللمار المرور فيه فلم يكن متعديا فيه، وإن أبصر الثوب ضمن؛ لأنه متعد فيه. رجل طرح خشبة على باب داره فانكسرت رجل الحمار من الخشبة أو تلف منها شيء إن لم تضيق الخشبة بالطريق على المارة ولم تضر بهم قال رجوت أن لا يضمن صاحب الخشبة؛ لأنه يباح له الوضع متى كان لا تضر بالمارة. رجل بعث رجلًا إلى ماشيته فركب دابة الآمر فعطبت في الطريق، فإن كان بينهما انبساط في أن يفعل في ماله مثل ذلك لا يضمن؛ لأنه مأذون فيه دلالة وإن لم يكن ضمن؛ لأنه غير مأذون فيه.

(باب الضمان بالخلط)

(المبسوط): الغاصب أو المودع إذا خلط المغصوب أو الوديعة بمال نفسه أو بمال غيره فلا يخلو إما أن يكون خلط ممازجة أو خلط مجاورة، أما خلط الممازجة إن تعذر التمييز بينهما كخلط دهن الجوز بدهن اللوز ودقيق الحنطة بدقيق الشعير فالخالط ضامن ولا حق للمالك في المخلوط؛ لأنه لما تعذر التمييز بينهما يكون الخلط استهلاكًا من كل وجه؛ لأنه عجز المالك عن الوصول إلى عين ماله أبدًا فينقطع حقه عن المخلوط بالمثل وإن أمكن التمييز بينهما بالقسمة كخلط الحنطة بالحنطة واللبن باللبن فكذلك عند أبي حنيفة.

وعندهما: المالك بالخيار إن شاء ضمنه مثل حقه، وإن شاء شاركه في المخلوط واقتسماه على قدر حقهما.

لهما: أن حقه بعد الخلط مستهلك من وجه من حيث إن المالك لا يصل إلى عين حقه حكما بالقسمة؛ لأن القسمة في المثليات جعلت إقرار بغير الحق حكما فيخير المالك فيه. له: أن حقه بالخلط صار مستهلكا من كل وجه؛ لأنه يتعذر عليه الوصول إلى عين حقه لاحتمال أن ما يأخذه حنطة الخالط لا حنطته، ولهذا وجب الضمان وهو حكم الاستهلاك من كل وجه والقسمة إفراز لغير الحق حكما فيما

يثبت الشركة مع استهلاك حقه حقيقة لا يمكن إثبات الشركة في المخلوط وعلى أن في القسمة توهم إيجاب زيادة على الخالط بأن كانت حنطته أجود وإباؤه القسمة فطلب القسمة من المالك وترك التضمين يدل على ذلك وإيجاب الزيادة على الغاصب لا يجوز فامتنعت القسمة فأما خلط المجاورة، فإن كان خلطا أمكن التمييز بينهما بلا كلفة ومشقة كخلط الدراهم بالدنانير والبيض بالسود لا يضمن الخالط ويميز، وإن كان خلطا لا يمكن التمييز بينهما إلا بكلفة ومشقة كخلط الحنطة بالشعير ذكر في الكتاب أنه يضمن الخالط ولا يشتركان قيل له الخيار عندهم جميعًا وأبو حنيفة يحتاج إلى الفرق بين هذا وبين خلط الحنطة بالحنطة والفرق له أن إقرار الشعير من الحنطة ممكن لكن بكلفة ومشقة فيكون مستهلكا من وجه قائمًا من وجه فيخير المالك ولا كذلك خلط الحنطة بالحنطة والصحيح هو الأول؛ لأن هنا التمييز متعذر حقيقة؛ لأن الحنطة لا تخلو عن حبات الشعير فيكون خلط الجنس بالجنس فيكون استهلاكا من كل وجه فيملكه الخالط بالضمان فكذلك القسمة متعذرة؛ لأن الجنس مختلف، ولو خلط دراهم الجياد بدراهم الزيوف وهو ضامن إذا علم أن في الجياد زيوفًا وفي الزيوف جيادًا؛ لأن التمييز متعذر حقيقة، وكذلك القسمة؛ لأن حق أحدهما أجود من الآخر والقسمة مشروعة في الجنس الواحد حال اتفاق صفة الجودة والرداءة فصار خلط الدراهم الجيدة بالرديء كخلط الحنطة بالشعير، وإن علم أنه ليس في الجياد زيوف ولا في الزيوف جياد لا يضمن؛ لأنه أمكن التمييز بين الجياد والزيوف فلم يكن الخلط استهلاكا، ولو خلط حنطة رجل بشعير آخر وغاب الخالط، فإن اصطلحا على أن يأخذ المخلوط أحدهما ويضمن لصاحبه مثل كيله أو قيمته جاز؛ لأن المخلوط مشترك بينهما ويجوز بيع أحد الشريكين نصيبه من المخلوط من شريكه، وإن أبيا باعاه واقتسما ثمنه فيضرب صاحب الحنطة بقيمة حنطة مخلوطة بالشعير وصاحب الشعير بقيمة الشعير غير مخلوط بالحنطة؛ لأن بالخلط انتقصت قيمة الحنطة بفعل الخالط فلو أخذ قيمة حنطة غير مخلوطة لأخذ أكثر من حقه وذلك لا يجوز، فأما الشعير يزداد قيمته بالخلط وهذه الزيادة حصلت من ملك صاحب الحنطة ولا يستحق صاحب الشعير تلك الزيادة فيضرب بقيمة

شعير غير مخلوط بالحنطة وإنما كان لهما البيع؛ لأن المخلوط وإن صار ملكا للخائط إلا أنهما ظفر الجنس حقهما من مال الخالط؛ لأن حقهما في الحنطة والشعير، فإذا تراضيا ببيعه لهما ذلك.

(النوادر): رجل له دقيق والآخر نورة فاختلطا وكل واحد منهما ينتقص ثمنه ببيعين ويضربان في الثمن كل واحد منهما بقيمة سلعته مختلطة؛ لأن هذا نقصان دخلهما من غير صنعهما. أودعه رجل ألف درهم ثم أودعه هو وآخر ألفان أخرى أيضًا فخلطهما المودع فضاعت يغرم للأول الألف الأولى ويغرم للثاني خمسمائة؛ لأن خمسمائة من الألف الثانية للأول وقد خلطهما بماله فلم يصر مستهلكا فيها وخمسمائة أخرى خلطها بمال غيره فصار مستهلكا لها. رجل ألقى البذر في أرضه فجاء رجل آخر وألقى فيها بذره وسقى الأرض أو ألقى البذر وقلَّب الأرض قبل أن ينبت بذر صاحب الأرض فنبت البذران جميعًا فالزرع للآخر عند أبي حنيفة؛ لأن خلط الجنس بالجنس استهلاك عنده وعليه للمالك قيمة بذره مبذورا في أرض ملكه وطريق معرفته ما ذكرنا فإن جاء صاحب الأرض وألقى فيها بذر نفسه بآلته وقلَّب الأرض قبل أن ينبت البذران أو لم يقلب وسقى فما نبت من البذور كلها فهو له ويضمن الغاصب قيمة بذر المالك مبذورًا في أرض نفسه ثم يضمن المالك قيمة البذرين جميعًا مبذورا في أرض غيره؛ لأن البذر الأول ملكا للغاصب بالضمان والثاني كان ملكه أيضًا فقد أتلف المالك عليه بالبذرين فيضمن قيمتهما. فأما الغاصب أتلف بذرًا واحدًا فيضمن قيمة بذر واحد، ولو زرع المالك ونبت ثم جاء آخر وألقى بذره فيها وسقى إن لم يقلّب الأرض فالزرع له وعليه قيمة بذر المالك مبذورا في أرضه، وكذلك إذا قلّب وكأن الزرع إذا قلب مرة أخرى نبت، وإن كان لا ينبت مرة الأخرى فالزرع للثاني وعليه قيمة زرع المالك نابتا؛ لأنه أتلفه كذلك قال محمد: رجل دفع إلى رجل درهمين ودفع آخر إليه درهما وأمره أن يخلطهما ففعل ثم وجد فيها درهما زيوفًا فالقول قول الأمين فيه، فإن قال الأمين لا أدري لمن هذا قال أضمنه الأمين وإن خلط بأمرهما بمنزلة ما لو قال لرجلين دفع أحدكما إليّ هذه الدراهم ولا أدري من أيكما هو يضمن لهما جميعًا؛ لأن بالجهل صار مضيّعا.

كتاب الإكراه

يحتاج إلى معرفة تفسير الإكراه لغة وشريعة، وصفة المكرِه والمكرَه، وركنه، وشرط تحققه شرعًا، وحكمه شريعة.

أما تفسيره: فالإكراه لغة هو حمل الكره على ما طلب منه بالإكراه على كره وسخط فيه لا على طواعية ورضاء؛ لأن المكره ضد الطوع لقوله تعالى: ﴿فَقَالَ لَهَا وَلِلْأَرْضِ ٱئْتِيَا طَوْعًا أَوْ كَرْهًا قَالَتَآ أَتَيْنَا طَآئِعِينَ ۝١١﴾ [فصلت: ١١] وأما شرعًا فالإكراه فعل يصدر من المكرِه فيحدث في المكرَه معنى يصير به ملجًا على الفعل المطلوب منه ومضطرا فيه بموجب الطبيعة فيصير آلة للمكرَه فيما يصلح آلة له كالقتل وإتلاف المال؛ لأنه يمكن للمكرِه أن يأخذ المكرَه فيضربه على إنسان فيقتله أو يلقيه على مال فيتلفه؛ لأنه إذا حمل غيره عليه بوعيد تلف حتى صار كمسلوب الاختيار وملجًا عليه طبعا يضاف ذلك الفعل إلى المكره شرعا كأنه فعله بنفسه زجرًا وردعًا له عن التجاسر عن ارتكاب هذه الكبيرة الموبقة وفيما لا يصلح أن يكون آلة له كالتصرفات القولية نحو الطلاق والعتاق والبيع ونحوها لا يصير آلة له حتى لا تضاف هذه التصرفات إلى المكره شرعا؛ لأنه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره فتعذر إضافة الفعل إليه فبقي مقصورًا على المكره ولكن ينبغي به الرضاء حتى فسد البيع؛ لأن الرضى شرط لصحته وليس بشرط لوقوع الطلاق والعتاق فوقعا.

وأما ركنه: فما هو تفسيره؛ لأن الإكراه يقوم به وأما شرط تحققه شرعا فعند أبي حنيفة رحمه الله الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان وكل من يملك إقامة الحد وعندهما الإكراه من السلطان وغيره سواء اعتبارا للحقيقة؛ لأن إكراه السلطان إنما يتحقق إكراها لما فيه من خوف المكره التلف على نفسه وخوف التلف على نفسه يتحقق في إكراه غير السلطان بسل السيف على رأسه والتفزيع بقتله على الفعل المطلوب منه لأبي حنيفة أن الإكراه من غير السلطان لا يتحقق إلا على سبيل

الشذوذ والندرة؛ لأنه يمكنه الاستعانة من الناس والولاية وخوف السلطان والولاة يمنع الرعية عن الإقدام على الإكراه وما يندر وجوده يجعل وجوده كعدمه؛ لأن النوادر لا تعتبر كبناء الأحكام كغير المعتبر.

وأما صفة المكرِه: فهي أن يكون قادرا على إيقاع ما توعد به وصفة المكرَه وهي أن يغلب على ظنه أن المكرِه يحقق ما توعد به، فإن لم يغلب على ظنه أو شك فيه أنه لا يفعل ما توعد به لم يكن مكرَها؛ لأن عليه الظن معتبر عند فقد الأدلة.

أما أنواعه وحكمه شريعة: والإكراه أنواع: إكراه بوعيد تلف نفس أو عضو أو ضرب متوال مبرح يخاف منه التلف وإكراه بوعيد ضرب وحبس وقيد وإكراه بوعيد تلف يوتر في الأفعال الحسية كالقتل وإتلاف مال الغير حتى صارت مضافة إلى المكره شرعا على ما وصفنا وجب على المكره القصاص أو الدية في القتل والضمان في إتلاف المال وعلى التصرفات القولية والشرعية فكل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الإكراه كالبيع والإجارة والهبة والإقرار والكتابة حتى يحكم بفسادها؛ لأن الرضا شرط لصحتها وكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه الإكراه كالطلاق والعتاق والنكاح والردة ونحوها حتى يقع معتبرا شرعا؛ لأن العزل والإكراه يجريان مجرى واحدًا في سلب الرضا والطواعية وكل تصرف لا يشترط فيه الرضا بصحته لا يؤثر فيه الإكراه بإفساده وما يشترط فيه الرضا لصحته لا يؤثر فيه الإكراه بإفساده وما يشترط فيه الرضا لصحته يؤثر فيه الإكراه بإفساده، وأما الإكراه بوعيد ضرب وحبس وقيد دائما إن خشي على نفسه أو على عضو من أعضائه في أكثر رأيه حل له مباشرة فعل المكره عليه وإلا فلا؛ لأن الناس يتفاوتون في الضعف والقوة واحتمال الضرب ربما لا يحتمل الضعف بنيّته عشرة أسواط ويخاف منه التلف وربما يحتمل ضرب أكثر من مائة فيفوض إلى رأيه واجتهاده ولا يسعه بضرب سوط أو سوطين؛ لأنه لا يخاف منه التلف إلا أن يقول: لأضربنك سوطا أو سوطين على رأسك أو على المذاكير يباح له ذلك؛ لأنه يخاف منه على ذهاب ذلك العضو في هذه الحالة، وأما الإكراه بقيد أو حبس لا يخاف منه التلف لا يحل له تناول الميتة وشرب الخمر وإتلاف مال الغير؛ لأن حرمة هذه الأفعال مقطوعة فلا يحل

ارتكابها ومباشرتها إلا لضرورة مهلكة موبقة إلا إذا كان حبسا يخاف منه التلف يباح له ذلك بأن حبس في مكان مظلم عميق يخاف ذهاب البصر لطول مقامه؛ لأنه خاف الضرورة الملجئة الموبقة، وأما الإكراه بوعيد أو تجويع أو تعطيش لا يحل له ذلك إلا إذا اشتد فيخاف منه التلف؛ لأنه إذا كان شبعانا ريانا لم تتحقق الضرورة المهلكة للحال وإذا اشتد الجوع أو العطش تتحقق الضرورة المهلكة.

(باب الإكراه على الكفر والإيمان والمعاصي)

(المبسوط): الإكراه على المعاصي أنواع:

نوع يرخص له فعله ويثاب على تركه.

وقسم حرام فعله ومأثوم على إتيانه.

وقسم يباح فعله ويأثم على تركه.

أما الأول: لو أكره بوعيد تلف على إجراء كلمة الكفر وشتم محمدًا صلى الله عليه وسلم، أو على ترك الصلاة وكل ما يثبت فرضيته بالكتاب فهو مرخص فعله مثاب على تركه، أصله حديث عمار بن ياسر حين جاء إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: "ما وراءك؟ قال: قوم أكرهوني حتى قلت في آلهتهم خيرًا وقلت فيك شرًّا. فقال: كيف وجدت قلبك؟ قال: مطمئنا بالإيمان، قال: إن عادوا فعد"(١).

وفيه قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ﴾ [النحل: ١٠٦] والله تعالى رفع الجناح في حال الإكراه والاضطرار في إجراء كلمة الكفر على اللسان إذا كان قلبه مطمئنًا بالإيمان، فإن لم يفعل حتى قتل كان مأجورًا شهيدًا لما رُوي أن

---

(١) أخرجه الحاكم (٣٥٧/٢ ط. دار الكتاب العربي) وقال صحيح على شرط الشيخين وأقره الذهبي. وابن جرير في تفسير (١٨٢/٤ ط. مصطفى الحلبي). كلاهما من طريق أبي عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر عن أبيه. وأبوه تابعي. قال ابن حجر "وإسناده صحيح إن كان محمد بن عمار سمعه من أبيه" (الدراية ١٩٧/٢ ط. الفجالة).

خبيبًا[1] ابتلي بذلك فصبر حتى قتل وصلب، فقال النبي عليه السلام: **"إنه من أفضل الشهداء يوم القيامة"**.

ورُوي أن كافرًا في الأمم الماضية أخذ عشرة من المسلمين فأوقد لهم نارًا عظيمة فقال: إن كفرتم وإلا لأحرقنكم بالنار، فنظروا إلى السماء فرأوا عشرة من الحور العين متزينات، فلما رأوا ذلك أوقع واحد منهم نفسه في النار حتى احترق فذهبت واحدة، ثم جعل الثاني والثالث كذلك حتى أوقع تسعة منهم، فامتنع العاشر وكفر بالله تعالى فقالت العاشرة: آيستني آيسك الله من رحمته.

وفقهه: أن حرمة الكفر بالله تعالى ثابتة في جميع الأديان وإباحته مستحيل في جميع الأديان إلا أن الشرع رخص للمكره إجراء كلمة الكفر على اللسان إذا كان قلبه مطمئنًا بالإيمان مصدقًا بالجنان لدفع الهلاك عن نفسه مع بقاء حرمته على الاتفاق، فإذا صبر حتى قتل فقد بذل نفسه وصحته وجاد بروحه اتقاء عن المحرم لإعزاز الدين وإعلاء كلمة الله تعالى فكان شهيدًا مأجورًا وكان بمنزلة المجاهد إذا خرج للمبارزة عند التقاء الصفين وهو يعلم أنه يقتل يكون شهيدًا مأجورًا؛ لأنه جاد بروحه وباذل نفسه لابتغاء مرضات الله تعالى.

والثاني: لو أكره بالقتل على أن يقتل مسلمًا أو يقطع عضوه أو يضربه ضربًا يخاف منه التلف أو يضرب والديه على وجه يخاف منه التلف أو على شتم مسلم وإيذائه أو على الزنا فهو حرام فعله مأثوم مأزور على إتيانه؛ لأن الظلم حرام لا يستباح بحال ما إلا أنه رخص مع قيام الحرمة لاستبقاء نفسه وصيانة مهجته وحرمته الثابتة بذلك مقطوع لا يستباح بحال فلا تسقط حرمته لأجل صيانة نفسه.

---

(١) خبيب بن عدي (المتوفى سنة ٤هـ) صحابي من بني جحجبا بن كلفة من الأوس، قيل شهد غزوة بدر إلا أن ابن إسحاق والواقدي لم يذكراه فيمن شهد الغزوة. إلا أن المؤكد أن خبيبًا شارك في غزوة أحد، ثم شارك في سرية المنذر بن عمرو التي بعثها النبي محمد إلى أهل نجد ليُعلموهم القرآن، فأُحيط بهم، وقُتل معظمهم، ووقع خبيب في الأسر، فباعوه إلى أناس من مكة، فأخذه أبو سروعة عقبة بن الحارث ليقتُله بأبيه الذي قُتل في بدر. فخرج به إلى التنعيم، ثم استأذنهم في صلاة ركعتين قبل أن يقتلوه، فأذنوا له، فكان أول من استنّ سُنّة الصلاة قبل القتل صبرًا.

والثالث: لو أكره على تناول خمر أو دم أو ميتة أو لحم خنزير أو إتلاف مال الغير يسعه ذلك؛ لأن حرمة تناول هذه الأشياء إنما تثبت صيانة لطبعه وعقله عن المخامرة والخبث والشرارة فكانت حقا له والشرع أباح له تناوله عند الضرورة لاستبقاء مهجته؛ لأن استبقاء نفسه أولى من صيانة طبعه وعقله فصار بالامتناع ساعيا في إهلاك نفسه لصيانة جزئه فصار آثما مأزورًا إذا علم أنه يباح له تناوله، وإن لم يعلم ذلك لا يأثم ولا يؤاخذ به؛ لأن الجهل يزيل الإثم هكذا إذا كان أكثر رأيه أنه يقتله أو يتلف عضوه لو امتنع عنه، وإن كان أكبر رأيه أنه لا يفعل لا يباح له تناوله هو، ولو كان أمره بذلك ولم يتوعده وفي أكثر رأيه أنه يقتله إن لم يأت بما أمره فهو مثل المكره كان له أن يتناول ذلك والعلة في هذا لأكثر الرأي لا للتوعيد والتخويف؛ لأن العمل بأكثر الرأي واجب ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يضربه سوطا أو يحلق لحيته أو يقيده ففعل لا يأثم إن شاء الله وإن لم يفعل حتى قتل كان في سعة؛ لأن فيما يفعل إحياء نفسه بإساءة غيره لا بإتلاف شيء منه، ألا ترى أن له أن يتناول مال المسلم حالة المخمصة لإحياء نفسه وذلك؛ لأن إساءة المسلم وإبرائه من مظالم العباد والظلم حرام شرعا وعقلا لا يستباح بحال ما إلا أنه رخص مع قيام الحرمة لاستبقاء نفسه فلهذا قرن الإباحة بالاستثناء لأنها ثابتة بدلالة النص الوارد في إجراء كلمة الكفر.

ولو أكره بقتل على الشرك أو على أن يصلي لهذا الصليب أو يسجد لهذا الصنم، فإن تكلم بالشرك إن فعل وقلبه مطمئن بالإيمان ولم يخطر بباله شيء لا يكفر، ولو خطر بباله أن يقول قد كفرت بالله إخبارا عن كفر ماض بالكذب أو صلى إلى الصليب وخطر بباله أنه يصلي لله تعالى يكفر قضاء لا ديانة حتى تبين أقر أنه قضاء لا ديانة؛ لأنه أقر أنه عدل عما أكره عليه، فإنه أكرهه على إنشاء الكفر وهو ما أنشأ كفرًا بل حكى كفرًا عما مضى طائعا ثم قال عنيت به الكذب لا يصدق قضاء؛ لأنه نوى خلاف الظاهر ويصدق ديانة؛ لأنه نوى ما يحتمله لفظه، ولو خطر بباله أنه كفر بالله مستقبلا لا جبرًا عن الماضي أو صلى للصليب وسجد للصنم وقد خطر بباله أنه يصلي أو يسجد لله تعالى فترك ذلك وصلى للصليب يكفر قضاء وديانة؛

لأنه أمكنه دفع الإكراه بالجبر بالكفر عما مضى، بأن يصلي ويسجد لله تعالى؛ لأنه لا اطلاع للمكره على ما في ضميره وكان طائعا في إنشاء الكفر وفي الصلاة إلى الصليب والسجود للصنم.

وإن صلى إلى الصليب ولم يخطر بباله شيء لا تبن امرأته لأنه فعل ذلك مكرهًا وقلبه مطمئن بالإيمان، وكذلك لو أكره على شتم محمد صلى الله عليه وسلم فخطر على باله محمدًا آخر.

(فصل)

ولو أكره الذمي على الإسلام فأسلم يصح إسلامه استحسانًا خلافًا للشافعي قياسًا، ولو قوتل الحربي على الإسلام فأسلم صح إسلامه بالإجماع وهو مكره على الإسلام بالقتال.

وجه القياس: أن ركن الإسلام هو الاعتراف باللسان والاعتقاد بالجنان، واعتقاده محتمل متردد بين الوجود والعدم بل الظاهر من حاله أنه أجرى على لسانه دفعًا لا تحقيقًا وتصديقًا فلا يحكم بإيمانه بالشك.

وجه الاستحسان أن قوله تعالى: ﴿وَلَهُۥٓ أَسۡلَمَ مَن فِي ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ طَوۡعٗا وَكَرۡهٗا﴾ [آل عمران: ٨٣] فقد سُمِّي المكره على الإسلام مكرهًا، ولأن إسلام الحربي مع الإكراه فكذلك إسلام الذمي لأنهما يعترفان عن تصديق واعتقاد؛ لأن التصديق بالجنان أمر باطن متكتم والبواطن لا تصلح مناطا لربط الأحكام بها، وإنما الأحكام مبنية على الظواهر فاعتبرنا اعترافه عن تصديق مناطا لترتيب الأحكام عليه ترجيحا لجانب الإسلام على جانب الكفر واحتيالًا لتصحيحه لقوله عليه السلام: "**الْإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى**"(١)، ولهذا لو كان أحدا لا يؤمن مسلمًا والآخر كافرًا يحكم

---

(١) أخرجه الروياني (٣٧/٢، رقم ٧٨٣)، والدارقطني (٢٥٢/٣)، والبيهقي (٢٠٥/٦، رقم ١١٩٣٥)، والضياء (٢٤٠/٨، رقم ٢٩١). وأخرجه أيضًا: الديلمي (١١٦/١، رقم ٣٩٥). قال المناوي (١٧٩/٣): قال الحافظ: سنده ضعيف.

بإسلام الولد ترجيحًا لجانب الإسلام فكذا هذا[(١)].

ولو أسلم مكرهًا ثم رجع لا يقتل لكن يحبس ليرجع إلى الإسلام؛ لأن في اعتقاده شك وتردد احتمل أنه كان معتقدًا للإسلام فيجوز قتله بالردة واحتمل أنه لم يكن معتقدًا فيكون كافرًا ذميًا ولا يجوز قتله بالشك إلا أنا رجحنا جانب وجوده حالة إسلامه تصحيحًا لإسلامه في حق الأحكام وهو عصمة نفسه وماله كما يحكم بإسلام الولد إذا كان أحد أبويه مسلما.

(باب الإكراه على الإقرار بالمال والحدود)

(المبسوط): ولو أكره بوعيد تلف أو ضرب أو حبس أو قيد على أن يقر بالمال والحدود لا يصح؛ لأنه اقترن به دليل الكذب وهو الإكراه؛ لأن الظاهر من حال من أقر مكرهًا أو كاذبًا دفعًا للشر عن نفسه؛ إذ لو كان صادقًا لما احتيج إلى الإكراه، ولو أكره بحبس أو قيد يوم أو ضرب سوط على الإقرار فأقر صح؛ لأن الإنسان لا يتحمل ضرر زوال المال بحبس يوم أو ضرب سوط واحد فترجح جانب الطواعية فصار مقرًا عن طواعية بخلاف ما إذا كانت المشقة متفاحشة؛ لأنه قد يؤثر زوال الملك على تحمل هذه المشقة فترجح جانب الإكراه قال مشايخنا هذا إذا كان الرجل من أوساط الناس.

وإن كان الرجل من أشراف الناس بحيث يستنكف عن ضرب سوط في الملأ أو قيد أو حبس يوم أو تفريك أذنه في مجلس السلطان، فإنه يكون مكرها؛ لأنه يؤثر تحمل زوال ملكه على ما يلحقه من الذل والهوان وهذا مفوض إلى رأي الحاكم؛ لأن الناس يتفاوتون فيه.

ولو أكره بالقتل على الإقرار بألف فأقر بخمسمائة لم يلزمه شيء، ولو أقر بألفين لزمه ألف أو أقر بمائة دينار أو بنصف آخر لزمه؛ لأنه أتى ما أكره عليه أو ببعضه وابتدأ بالزيادة طوعا بقدر ما أتى به طوعا لزمه؛ لأنه إقرار طائع مختار فيه وقدر ما أتى به مكرهًا لم يلزمه؛ لأنه امتثل ببعض ما أكرهه عليه رجاء أن يعفو عنه

---

(١) انظر: العذب الفائض ١/٣٠ - ٣٢، وابن عابدين ٥/٤٨٩ ط. بولاق ١٢٧٢هـ.

المكره عن الباقي وإنما يتحقق هذا الرجاء إذا حصل المكره ممتثلا بما أمر به.

ولو أقر بالحدود أو القصاص مع الإكراه وهو معروف بما أقر به فأقيم عليه بإقراره فلا قصاص على المكره وضمن ذلك في ماله، وإن لم يكن المقر معروفا بذلك يجب القصاص على المكره وضمن ما لا قصاص فيه، ونظيره رجل دخل على رجل مكابرا فقتله صاحب المنزل وقال: إنه دخل ليقتلني ويأخذ مالي، فإن كان الداخل معروفا بالدعارة والمكابرة لم يجز القصاص على القاتل وإلا فيجب؛ لأنه إذا كان معروفا بذلك فقد تعارض دليل الصدق وهو كونه معروفا به ودليل الكذب وهو الإكراه فأوجب شبهة في درء القصاص فأوجب إقراره بالمال؛ لأنه يثبت مع الشبهات وإن لم يكن معروفا بما أقر به فقد عري إقراره عن شبهة الثبوت؛ لأنه عري عن المعارض.

(باب الإكراه على النكاح والطلاق والخلع والعتاق)

(المبسوط): كل تصرف يصح مع الهزل كالطلاق والعتاق والنكاح يصح مع الإكراه لما بينا، ولو أكره الرجل على النكاح يصح؛، فإن كان المسمى مثل مهر المثل أو أقل جاز ولا يرجع على المكره بشيء؛ لأنه عوضه مثل ما أخرجه عن ملكه، وإن كان المسمى أكثر من مهر المثل فالزيادة باطلة ويجب مقدار مهر المثل؛ لأن التسمية قد فسدت لأنها تصرف في المال والرضا شرط لصحة إيجاب المال وقد فات الرضا بالإكراه، فإن أكرهت المرأة على النكاح فلا شيء على المكره؛ لأنه أتلف عليها منفعة البضع ولا ضمان على متلف المنفعة ولأنه أزال ملكها عن البضع بعوض يعدله وهو مهر المثل فلا يعد إزالة المنفعة إتلافا، فإن كان الزوج كفؤا والمسمى مهر المثل أو أكثر جاز، وإن كان أقل فالزوج بالخيار إن شاء أتم لها مهر مثلها، وإن شاء فارقها إن لم يدخل بها ولا شيء عليه، وإن دخل بها وهي مكرهة فلها مهر مثلها، وإن دخل بها وهي طائعة فهذا رضاء منها بالمسمى دلالة؛ لأن تمكينها من الوطء دلالة الرضاء بالمسمى فصار كما لو رضيت بالمسمى نصًا إلا أن للولي حق تكميل مهر المثل عند أبي حنيفة خلافًا لهما، وإن فارقها قبل الدخول

لا مهر لها؛ لأن الفرقة جاءت من قبلها لما لم ترض بالزيادة فسقط الصداق كله كما لو قبلت ابن زوجها.

(فصل)

ولو أكره على الطلاق قبل الدخول ضمن نصف المهر ورجع به على المكره وبعد الدخول لا يضمن المكره؛ لأن بالإكراه قبل الدخول أكد نصف المهر كان على شرف السقوط، فإنه متى جاءت الفرقة من قبلها سقط المهر كله وبعد الطلاق لا يسقط نصفه بالفرقة من قبلها وتأكيد ما هو على شرف السقوط ملحق بالإيجاب فصار كأنه أوجب عليه نصف المهر، وبالدخول تأكد المهر وتقرر حتى لا يسقط بالفرقة من قبلها فبالإكراه على الطلاق بعد الدخول لم يؤكد عليه شيئًا وكما في شاهدي الطلاق قبل الدخول أو بعده إذا رجعا.

ولو أكرهت المرأة على أن تقبل تطليقه على ألف بعد الدخول ولم يكره الزوج لم يلزمها شيء والطلاق رجعي؛ لأن التزام المال لا يصح مع الإكراه فلم يجب المال والطلاق بلا عوض يكون رجعيا، فإن كان بلفظة الخلع يكون بائنًا، وإن تعرى عن البدل، فإن قالت بعد ذلك رضيت الطلاق وبذلك كان الطلاق بائنا ولزمها المال عند أبي حنيفة.

وعند محمد: يبقى رجعيًا ولا مال عليها وبه فرع ما إذا طلق امرأته رجعية ثم جعلها بائنة تصير بائنة عندهما خلافًا لمحمد.

ولو أكرهت امرأته على أن تسأل من زوجها في مرضه أن يطلقها واحدة بائنة ورثت، ولو زاد على واحدة لا ترث؛ لأن الإذن لا يصح مع الكره كما لا يصح مع الهزل. فالواحدة حصلت بغير إذنها ورضاها لأنها مكرهة فيها والزيادة حصلت بإذنها لأنها فيها طائعة، ولو جعل الزوج أمرها بيد رجل بتطليقة وأكره الزوج أن يأمره بتطليقة أخرى ولم يدخل بها فطلقها ثنتين لم يضمن المكره؛ لأن الزوج في تفويض الأولى كان طائعا وتفويض الأولى كافٍ لتأكيد نصف المهر على الزوج فصار راضيا بالتأكيد فلم يصر المكره مؤكدًا ولا متلفا لشيء من المهر على الزوج.

ولو طلقها التطليقة التي أكره الزوج عليها ضمن المكرِه نصف المهر؛ لأنه كان مكرها في تفويض الثانية والإكراه على التفويض كالإكراه على التطليق.

ولو أكرهت أمة أعتقت على أن تختار نفسها قبل الدخول فلا مهر لها على الزوج ولا لمولاها ولا يضمن المكرِه؛ لأن الفرقة مضافة إلى إعتاق المولى لا إلى اختيارها نفسها؛ لأن للعتق أثرا في إيجاب الفرقة؛ لأنها بالعتق تملك بضعها لا باختيارها وملكها بضعها علة لوقوع الفرقة عند اختيارها لما عرف في الطلاق فقد جاءت الفرقة من قبل من له الفراق وهو المولى فيسقط الصداق.

ولو أكره على أن يخلع امرأته بعد الدخول على ألف ومهرها أربعة آلاف ولم تكره المرأة جاز على ألف، وكذلك الصلح عن دم العمد؛ لأن المرأة طائعة في قبول المال والتزامه فصح منها التزام المال ولا شيء للزوج على المكره؛ لأن المكره لم يتلف عليه مالًا ولا أكد عليه مالًا كان على شرف السقوط؛ لأن المهر كان متأكدا على الزوج بسبب الدخول وإنما أتلف عليه مجرد النكاح بعوض، ولو أكره قاتل العمد على الصلح على مال لم يلزمه شيء ويسقط القود؛ لأن التزام المال لا يصح مع الإكراه والقصاص يسقط مع الإكراه؛ لأنه يسقط بالعفو عن الهزل وبدون الرضاء.

(باب الإكراه على العتاق)

(**المبسوط**): ولو أكره على عتق عبده جاز والولاء له ويضمن المكره قيمته؛ لأن في الإعتاق إزالة الملك والمالية وإثبات الولايات والمالكية والمكره يصلح آلة للمكره في حق إتلاف المالية فصار آلة في حق إتلاف المال فصار مضافًا إلى المكره ولم يصلح آلة فيما عدا ذلك وهو الولاء والولاية فبقي العتق مقصورًا على المكره فيما عدا المالية وصار كشاهدي العتق إذا رجعا بعد القضاء ولا تجب السعاية على العبد؛ لأن الضمان هنا يجب بالإتلاف والسعاية لا تجب بضمان الإتلاف.

ولو أكره على أن يعتق عبده على أقل من قيمته وقيمته ألف والعبد غير مكره

يقع بتمام قيمته، ثم إن شاء ضمن المكره قيمته ثم يرجع هو على العبد بمائة درهم؛ لأنه صار متلفا عليه عبده بإعتاقه فضمن قيمته، وإن أوجب له مائة درهم بالسعاية؛ لأن تلك المائة في ذمة مفلسة لا تصل إليه للحال وقد أتلف ملكه في الحال عن جميع العبد ورجع على العبد بمائة درهم؛ لأنه بأداء الضمان قام مقام المولى فيما كان للمولى على العبد وذلك مائة درهم بدل رقبته ولم يرجع بالزيادة؛ لأنه لم يملك العبد بالضمان؛ لأنه إنما ضمن بالإعتاق، وإن شاء المولى ضمن المكره تسعمائة وأخذ من العبد مائة؛ لأن العبد طائع في التزام المال والمكره متلف عليه تسعمائة بغير عوض ومتلف عليه مائة بعوض لم يصل إليه؛ لأن تلك المائة في ذمة مفلسة لا تصل إليه في الحال فيتخير في تلك المائة.

ولو أكره على أن يعتقه على ألفين إلى سنة وقيمته ألف ففعل، فإن شاء ضمن المكره قيمته للحال ألفًا ورجع المكره على العبد بألفين إلى سنة ويتصدق بالفضل، وإن شاء أجاز العتق فكان له ألفان على العبد إلى سنة؛ لأن المكره وإن أتلف عبده بعوض أكثر منه إلا أن العوض أجل والإنسان قد يختار القليل العاجل على الكثير الأجل فيخير في ذلك، ولو أكره العبد على قبول العتاق بمال لم يلزمه شيء ويلزم المكره لما بينا. عبد بين رجلين أكره أحدهما على عتقه فأعتقه جاز والولاء كله للمعتق عندهما؛ لأن العبد عتق كله، وإن كان المكره موسرا يضمن قيمته بينهما، وإن كان معسرًا ضمن نصف قيمته للمكره وسعى العبد الآخر في نصف القيمة؛ لأن المكره في حق المعتق متلف وفي حق الساكت بمنزلة المعتق وإتلاف نصيب الساكت بالعتق صار مضافا إليه؛ لأن الإعتاق من حيث إنه يتضمن معنى الإتلاف مضاف إليه فصار المكره متلفا لنصيب الساكت لا المعتق فضمن قيمة بينهما إن كان موسرًا، وإن كان معسرًا ففي حق المعتق متلف، وضمان الإتلاف لا يختلف باليسار والعسار وفي حق الساكت بمنزلة المعتق وضمان العتق يختلف باليسار والعسار عند أبي حنيفة يعتق نصيب المعتق لا غير ولا ضمان على المكره للساكت، وإن كان موسرًا؛ لأنه معذور في هذا الإعتاق بالإكراه والعذر ينافي وجوب الضمان على المعتق كما لو كان معسرًا، ولأن إفساد نصيب الساكت صار

مضافًا إلى المكره فصار المكره هو المفسد لنصيب الساكت لا المعتق، فإن اختار الساكت تضمينه فالولاء كله له؛ لأن بأداء الضمان انتقل الملك إليه فعتق على ملكه، فإن اختار الإعتاق والسعاية فالولاء بين الشريكين نصفان؛ لأنه عتق على ملكهما.

ولو قتل عبد رجلًا خطأ فأكره مولاه حتى أعتقه وهو يعلم بالجناية ضمن المكره قيمته ويأخذها المولى فيدفعها إلى ولي الجناية؛ لأن المكره صار متلفا بإعتاق المولى؛ لأنه مضطر في هذا الإعتاق لا مختار فيه فلا يصير المولى مختارا للدية بل إعتاقه من حيث إنه إتلاف صار مضافا إلى المكره فيضمن قيمته والقيمة قائمة مقام العبد فيأخذها ولي الجناية، ولو كان الإكراه بحبس أو قيد يضمن المولى قيمته لولي الجناية دون الدية ولا يضمن المكره شيئًا؛ لأن هذا الإكراه لا يعتبر إكراها في حق إتلاف المال لما بينا فلم يصر المكره متلفا فبقي الإعتاق مقصورًا على المولى فصار متلفا فضمن قيمته هو ويعتبر إكراهًا في حق التزام المال؛ لأنه يسلب الرضا فلم يصر المولى راضيا بالإعتاق ولم يصر مختارا للفداء.

ولو أكره على أن يعتق عبده عن رجل بألف وقيمته ألف فأعتق وقبل المعتق عنه طائعًا، فإن شاء ضمن المكره، وإن شاء ضمن المعتق عنه ويرجع المكره على المعتق عنه والولاء للمعتق عنه. طعن الكرخي وقال: ينبغي أن لا يقع العتق عن المعتق عنه؛ لأنه بمعنى البيع وبيع المكره قبل التسليم لا يفيد الملك، والجواب عنه: أن الإكراه ورد على الإعتاق لا على البيع الذي في ضمن طلب الإعتاق، ولو ورد على البيع فإنما يرد ضمنًا وتبعا للعتق والإكراه لم يؤثر في العتق ولا يؤثر فيما يثبت في ضمنه تبعا له فكان طائعا فيهما فدخل العبد في ملك الآمر بالتمليك منه أولا ثم يصير المأمور معتقا عنه بأمره ثم الإعتاق في حق إزالة الملك صار مضافا إلى المكره فصار مستهلكا للعبد برضاه واختياره فقد تصدى من كل واحد سبب ضمان لمولى العبد فله أن يضمن أيهما شاء ثم المكره يرجع؛ لأنه ملكه بالضمان والشراء لم ينفذ من جهته.

ولو أكرهه بحبس تجب القيمة له عن المعتق عنه دون المكرِه؛ لأن الإكراه لم يتحقق في حق الإتلاف فاقتصر الإعتاق على المكره ولكن الرضا يفوت بالحبس

فوقع التمليك فاسدًا؛ لأنه ما رضي بزوال ملكه عن العبد فيجب القيمة كما لو أكرهه بالحبس على البيع المفرد والتسليم، ولو أكره المعتق بالقتل والمعتق عنه بالحبس والمعتق عنه غير مكره، ولو أكره المعتق بالقتل والمعتق عنه بالحبس والمعتق عنه غير مكره، ولو كان الإكراه على عكس هذا فيهما ضمن المكره قيمته للمولى ولم يضمن المعتق عنه شيئًا والولاء للمعتق عنه؛ لأن فعل المعتق عنه صار منقولا ومضافا إلى المكره؛ لأنه أكرهه بوعيد تلف فصار كأن المكره هو الفاعل دون المعتق عنه والإعتاق، وإن وجد في ملك المعتق عنه إلا أن للبائع حق الاسترداد وقد أتلف المكره بإكراه المشتري على الإعتاق حق البائع في الاسترداد بغير رضاه وصار كالمشتري من المكره إذا أعتق كان للبائع أن يضمنه فكذا هذا، ولو أكرههما على أن يدبر العبد عنه بألف درهم فدبر فالمولى بالخيار إن شاء ضمن المكره قيمته قنًّا ورجع المكره على قابل التدبير بقيمته مدبرًا، وإن شاء ضمن القابل قنّه مدبرا أو رجع المكره بنقصان التدبير ولا يرجع المكره بذلك على القابل ويعتق من ثلث مال القابل؛ لأن المكره أتلف قيمته قنًّا؛ لأن تسليم المولى العبد صار في حق إزالة اليد والإتلاف مضافا إلى المكره فصار كأن المكره سلم عبده قنًّا إلى المدبر عنه، فإذا ضمنه قيمته فقد قام مقامه في حق الرجوع على المدبر عنه، وإن شاء ضمن المدبر عنه قيمته مدبرا؛ لأن التدبير صار منقولا إلى المكره في حق ما تلف من العبد وهو نقصان التدبير وفيما وراء ذلك فقد ملكه المدبر عنه العبد على المولى؛ لأنه وجد منه قبض تملك؛ لأن المقصود من تملك المال الانتفاع به وقد ملك عبدًا يستعبده ويستخدمه، فإذا تملك مالًا منتفع به وقد عجز عن رده بسبب التدبير من جهته فقد تملك عبدًا مدبرًا فيضمن قيمته مدبرًا بالقبض بجهة التملك ويكون له أن يضمن المكره قيمة نقصان التدبير، ولو أكرهه على أن يعتق بحبس أو قيد ما يضمن المكره شيئًا وضمن القابل قيمته قنًّا؛ لأن هذا الإكراه غير معتبر في حق الإتلاف وهو معتبر في حق سلب الرضا فاقتصر فعلهما عليهما ثم يملك عبده عليه بغير رضاه فيضمن قيمته قنًّا، ولو أكره المولى بقتل والقاتل بحبس فللمولى أن يضمن المكره قيمته قنًّا ولم يرجع المكره بها على القاتل، وإن شاء ضمن القاتل فيه

قنًا ولا يرجع هو على المكره بشيء وأيهما ضمنه المولى برئ الآخر؛ لأن فعل المولى وهو التسليم صار مضافا إلى المكره في حق إزالة اليد؛ لأن الإكراه كان بوعيد تلف وفعل القاتل اقتصر عليه؛ لأنه طائع فيه وقد قبض عبدًا قنًا بجهة التمليك فقد تصدى من كل واحد سبب الضمان للمولى، ولا يرجع القاتل على المكره؛ لأنه سلم له المضمون ويرجع المكره على القاتل بما ضمن؛ لأنه قام مقام المولى في المدبر بأداء الضمان، ولو وهب المولى من المكره قيمته أو أبرأه منها كان للمكره أن يرجع على القاتل بقيمته؛ لأن المولى لما اختار تضمينه فقد أقامه مقام نفسه في حقه تضمين القاتل، فإن إبطال حقه عن أحدهما لا يوجب إبطال حقه عن الآخر كما إذا أبرأ الغاصب الأول عن الضمان كان للأول أن يضمن الثاني، وإن أكره المولى بالحبس والقاتل بوعيد تلف فللمولى أن يضمن المكره ما نقصه التدبير ويضمن القاتل قيمته مدبرا لما عرف، ولو أكرهه بقتل على أن يقتل من رجل عتق عبده على ألف وقيمته خمسمائة أو ألفان وربّ العبد طائع ففعل كان الولاء للقاتل يتضمن شراء وإقباضًا وإعتاقا والقاتل وهو المشتري مكره في جميع ذلك والمكره لا يضمن شيئًا لولي العبد؛ لأنه طائع في الإعتاق وفعل القاتل صار منقولا إلى المكره فصار كأن المكره هو الذي أعتقه وقد رضي صاحب العبد بإعتاقه، ألا ترى أن البائع لو سأل لصا أن يكره هذا الرجل على أن يشتري منه هذا العبد بألف ويقبضه ففعل ومات في يده لم يضمن المكره ولا المشتري للمولى شيئًا فكذا هذا.

ولو أكره على أن يعتق نصف عبده فأعتقه كله لم يضمن عند أبي حنيفة وعندهما يضمن؛ لأن عنده العتق يتجزأ فالمكره على إعتاق النصف لا يكون مكرها على إعتاق الكل، ولهذا قال الوكيل بإعتاق النصف إذا أعتق الكل لا يصح وصار مخالفا وعندهما العتق لا يتجزأ فيكون الإكراه على إعتاق النصف يكون إكراهًا على إعتاق الكل فقد أعتق الكل مكرها فصار تلف الكل مضافا إلى المكره، ولو أكرهه على أن يعتق كله فأعتق نصفه عندهما يضمن.

وعند أبي حنيفة: يسعى في نصف قيمته ويضمن المكره نصف قيمته؛ لأن المكره على إعتاق الكل مكره على إعتاق النصف كالمكره على إيقاع الثلاث مكره على إيقاع الواحدة وكالمأمور بإعتاق الكل إذا أعتق النصف صح عنده فكذا هذا.

(باب الإكراه على البيع والشراء)

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: فيما يصير مكرهًا.

والثاني: فيما لا يصير مكرهًا.

والثالث: في إكراه أحد المتبايعين.

والرابع: في تصرف المشتري من المكره.

(فصل)

كل تصرف الرضا فيه شرط لصحته كالبيع والشراء والهبة والإجارة بالإكراه بأي وجه كان ينعقد فاسدًا، ولو باع مكرهًا وسلم مكرها ينعقد فاسدًا حتى إذا اتصل به القبض يثبت به الملك للمشتري.

وقال زفر: يتوقف على إجازة المكره ولا يثبت الملك إلا بالإجازة؛ لأن هذا بيع فيه خيار للبائع بدليل أنه يخير بين الفسخ فلو ثبت الملك فيه قبل الإجازة لبطل خياره لأنه لا يقدر على الفسخ والإجازة.

لنا: أن العقد صدر من المالك مرسلًا متعريًا متجردًا عن اشتراط الخيار نصًا فوجب أن يثبت الملك منجزًا لا مترقبًا؛ لأن امتناع حكمه منجزا مع وجود العقد مرسلًا مطلقًا يكون توقيفًا لما أطلقه وهذا خلاف الحقيقة وأصل الشريعة، فلا يجوز إلا بدليل، فأما الدليل على تأخر حكمه وتأجله إلى وقت القبض فهو اتصال بالفساد به لفقد الرضا؛ لأن الرضا شرط لصحة البيع ونفاذه لا لوجوده وانعقاده؛ لأن انعقاده لضرورة من أهله في محله إلا أن الشرع جعل لدفع الضرر عنه طريقا وهو ولاية الفسخ له مع اعتبار تصرفه وصيانته عن اللغو فلا ضرورة إلى منع عمل السبب وتوقيفه على وجود الرضا.

ولو باع مكرهًا وسلم طائعًا جاز البيع ونفذ؛ لأن التقابض منهما طائعًا يكون رضا منهما بالبيع دلالة والإكراه على البيع لا يكون إكراها على التسليم والقبض؛ لأن البيع يصح بدون التسليم.

ولو أكرههما بحبس أو قيد على البيع والتقابض فالبيع فاسد لم يحل لأحدهما ما قبض ويضمن لصاحبه ولا يضمن المكرِه؛ لأن الإكراه بالحبس يسلب الرضاء بالعقد والقبض ولكن لا يجعل المكرَه آلة للمكره فلم يصر متلفًا، ولو أكرهه على بيع بألف فباع بألف أو بخمسمائة لم يجز، وإن باع بأكثر من ألف جاز؛ لأن في الأول خالف إلى خير؛ لأن مقصود المكرِه إلحاق الضرر بالمكرَه والبيع بخمسمائة أضر به من البيع بألف وكان الإكراه على البيع بألف إكراهًا على البيع بأقل وفي الثاني خالفه إلى شر للمكره؛ لأنه اكتسب نفعا لنفسه لما باعه بألف فلم يكن آتيا بما أكره عليه.

ولو باعه بدنانير قيمتها ألف لم يجز؛ لأن الدراهم والدنانير جعلا لجنس واحد في حق التجارات غرضا ومقصودا فكان آتيا بما أكره عليه في حق المقصود وهو إلحاق الضرر به.

ولو باعه بعرض أو مكيل أو موزون بأقل من قيمته جاز؛ لأنه لم يأت بما أكره عليه جنسًا، وكذلك لو أكرهه على البيع فوهب جازت؛ لأنه جنس ما أكره عليه، ولو أكره على أن يبيع جائزًا فباع فاسدًا أو سلم فهلك إن شاء ضمن المشتري أو المكره وعلى عكسه يكون رضا بالبيع والفرق أن المكره على البيع الفاسد متى باع جائزا فقد أتى بغير ما أكره عليه؛ لأن الجائز ضد الفاسد ويفيد من الأحكام ما لا يفيده الفاسد وهو إثبات التأكيد ووصف الصحة والحل ولا إكراه في ذلك والمكرَه على البيع الجائز متى باع فاسدًا فقد أتى بأنقص مما أكره عليه؛ لأن الفاسد أنقص إثباتا من الجائز فيدخل تحت الإكراه كما لو أكرِه على البيع بألف فباعه بخمسمائة.

ولو أكرِه بحبس ابنه أو عبده أو ببيع عبده أو رهنه ففعل فهو إكراه استحسانًا، وكذلك في الإقرار ووجه القياس أنه أكرهه بحبس غيره لا بحبس نفسه فلا يثبت الإكراه، كما لو أكره بحبس أجنبي، وجه الاستحسان أن الإنسان كما يعتريه الغم بحبس نفسه يعتريه بحبس ابنه وعبده، ألا ترى أن الإنسان يؤثر حبس نفسه على حبس ابنه فصار كأنه أكرهه على حبس نفسه.

(فصل)

ومن هو مكره من المتعاقدين أو مشروط له شرط فاسد فله نقض العقد من غير قضاء ورضاء ومن ليس بمكره ولا مشروط له فليس له نقضه إلا بقضاء أو رضاء حتى لو أجاز الآخر العقد قبل نقض القاضي نفذ وانبرم، وإن كان كلاهما مكرها أو مشروطا له شرطا فاسدًا فلكل واحد نقضه من غير قضاء ولا رضاء؛ لأن خيار الفسخ بسبب فساد العقد إنما ثبت حقا له ليتدارك بالفسخ ما فاته لخلل تمكن في رضاه وغير المشروط له الخيار راض بلزوم العقد وانبرامه فلم يتمكن الخلل في رضاه فلا يملك نقضه بنفسه وإنما يثبت له الخيار حكما لفساد العقد بعد تمام الملك بالقبض فأشبه خيار العيب بعد القبض فلا يملك نقضه إلا بقضاء ورضاء وقبل قبض المبيع يملك كل واحد نقضه من غير قضاء ورضاء؛ لأن البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد شيئًا من أحكامه فصار كبيع الفضولي.

ولو كان البائع مكرها والمشتري طائعًا فينقض المشتري البيع وأجاز البائع نفذ البيع بعد القبض وقبله انتقض؛ لأن البيع لازم نافذ في جانب المشتري؛ لأنه طائع فيه فلم يصح نقضه إلا بقضاء أو رضاء فبقي البيع موقوفا على إجازة البائع فإجازته لاقت عقدًا موقوفًا فصحت ونفذ في حقه وقبل قبض المبيع يصح نقض المشتري فإجازة البائع لاقت عقدًا مفسوخًا فلغت. والمشتري من المكرَه لو تصرف في البيع إن كان تصرفا لا يحتمل النقض كالعتق والتدبير والاستيلاد لا يفسخ ويلزمه القيمة والمكرَه بالخيار إن شاء ضمن المكرِه ورجع المكرِه على المشتري؛ لأنه ملك بالضمان بالغصب السابق فظهر أن المشتري قبض ماله للتمليك، وإن شاء ضمن المشتري؛ لأنه قبض ماله بغير إذنه للتملك، وإن كان تصرفا يحتمل النقض كالبيع والهبة والكتابة والإجازة فله أن يفسخه بخلاف سائر البياعات الفاسدة لا يفسخ تصرف المشتري؛ لأن ولاية النقض والاسترداد تثبت حقا له فلو زال إنما يزول بتصرفه وإزالته ففي المكره التصرف ما حصل بتسليطه ورضاه فلم يكن راضيا بإبطال حقه فبقي حق فسخه كالمشتري إذا تصرف في الدار المشفوعة أو تصرف في المبيع قبل قبض الثمن بغير إذن البائع كان للشفيع والبائع نقضه؛ لأنه ما حصل

بتسليطه وفي البائعات الفاسدة التصرف حصل بتسليط البائع فيكون راضيا به فلا يملك نقضه لحقه ولا لحق الشرع؛ لأن الفساد قد زال لزوال محله بالبيع الصحيح.

ولو باع المشتري من المكرَه من آخر ثم باعه المشتري الثاني من آخر حتى تداولته الأيدي فله أن يفسخ العقود كلها وأي عقد أجاز جازت العقود كلها؛ لأنه لما أجاز بعض العقود فقد زال الإكراه وصار طائعًا راضيًا فجاز العقد الأول فجازت العقود، وإن أعتق المشتري الثاني للمكره أن يضمن أي الثلث شاء؛ لأن كل واحد منهم أحدث سبب الضمان في حقه المكره بإزالة يده عن ماله؛ لأن فعل المكره وهو التسليم صار مضافا إلى المكره في حق إزالة اليد فيصير غاصبا والمشتريان كل واحد قبض ماله بغير إذنه للتملك وقبض مال الغير بغير إذنه لا للتملك موجب للضمان فللتملك أولى، فإن ضمن المكره رجع المكره بالقيمة على المشتري الأول أو الثاني؛ لأنه ملكه بالضمان بالغصب السابق، وإن ضمن المشتري الأول لا يرجع على الثاني بشيء ونفذ بيعه؛ لأنه ملكه سابقا على بيعه فنفذ تصرفه من الثاني كالغاصب الثاني إذا باع ثم ضمنه الأول نفذ بيع الثاني بخلاف المكره إذا ضمن لا ينفذ بيع المشتري الأول؛ لأنه ملكه متأخرًا عن البيع.

(باب الإكراه على الهبة ودفع المال)

(المبسوط): ولو وهب مكرهًا وسلم طائعًا فالهبة فاسدة بخلاف ما لو باع مكرهًا وسلم طائعًا فالبيع جائز، والفرق أن قصد المكرِه بالإكراه إلحاق الضرر بالمكرَه وذلك بزوال الشيء عن ملكه لا بمجرد العقد، والهبة بدون التسليم لا يفيد زوال الملك ولا يفيد الإكراه على مجرد الهبة، وكان الإكراه على الهبة إكراهًا على التسليم قصدًا، فأما البيع يزيل الملك بدون التسليم وفساد البيع بالإكراه لا يعلمه المكره الجاهل المتغلب بل يظن جوازه، ولهذا أقدم على الإكراه قصدًا منه لإزالة ملكه بمجرد البيع فلا يكون الإكراه على البيع إكراهًا على التسليم دلالة وكون الهبة لا تزيل الملك إلا بالقبض يعرفه كل واحد.

ولو أكره على أن يهب جاريته هذه لفلان فوهبها لفلان ولآخر وقبضاها جاز

نصفها للآخر؛ لأنه طائع فيه وهي مشاعة لا تحتمل القسمة فصحت الهبة، ولو كانت ألف درهم لم يجز للآخر أيضًا؛ لأن هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فاسدة فلم يجز في الآخر لمكان الشيوع لا للإكراه عنده وعندهما لم يجز لتفرق التسليم؛ لأن بتفرق التسليم يمكن الشيوع في التسليم بحق مقارن العقد، ولهذا لو وهب منهما ألف درهم طائعا ثم سلم إليها متفرقا لم يجز، ولو أكره على الهبة فتصدق جاز؛ لأن الهبة مع الصدقة مختلفتان، فإنه ينبغي بالهبة استجلاب المودة والمحبة والمكافأة وبالصدقة استجلاب المثوبة وابتغاء مرضات الله تعالى من غير طلب المكافأة في الدنيا والصدقة لا تجوز إلا للفقير والهبة تجوز للغني والفقير فلا يكون الإكراه على أحدهما إكراها على الآخر.

ولو قال: نحلت أو أعمرت لم يجز لأنهما يتفقان معنى العبرة للموافقة في المعنى لا للمخالفة في اللفظ كالنكاح مع التزويج، ولو ذهب بعوض جازت؛ لأن الهبة بعوض بيع معنى فلم يأت بعين ما أكره عليه، ولو أكره على الهبة بعوض فوهب مجانا جاز أيضًا؛ لأنه أكرهه على البيع وقد أتى بالهبة ولو باع لا يجوز؛ لأن الهبة بالعوض بيع معنى فقد اتفقا في المعنى، ولو أكره على أن يهب نصف هذه الدار مقسوما ويدفعه إليه فوهب له الدار كلها ودفعها إليه لا يجوز استحسانًا، ولذلك لو أكره على أن يبيع بيتا من البيوت فباع كلها، وجه القياس أنه أكرهه على هبة النصف وقد وهب الكل فيجعل طائعا كما لو أكره على بيعه بألف فباعه بألفين.

وجه الاستحسان: أنه مكره في هبة نصفها طائع في هبة نصفها إلا أن النصف الذي كان طائعا فيه مشاع يحتمل القسمة فتكون الهبة في جميع الدار فاسدة في نصفها للإكراه وفي نصفها للشيوع، ولو أكره على أن يهب نصف داره فوهبها كلها وسلم صحت الهبة؛ لأنه أتى بأكثر مما أكره عليه والإكراه على الأقل لا يكون إكراهًا على الأكثر؛ لأنه ليس في الزيادة إكراهًا فصار كما لو أكرهه على البيع بألف فباعه بألفين كان طائعًا فكذا هذا.

(فصل)

ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يأخذ مال فلان فيدفعه إلى من أكرهه يسعه أخذه

والضمان على المكره؛ لأن أخذ مال الغير يستباح لضرورة المخمصة فكذا يستباح لضرورة الإكراه، فإن لم يأخذ حتى قيل كان مأجورًا؛ لأن ذلك من مظالم العباد وحرمة الظلم ثابتة بكل حال كحرمة الكفر بخلاف ما لو كان الرجل في سفر فاشتد جوعه ومع رفيقه طعام فلم يأخذ منه حتى مات، وإن كان لا يعطيه أصلا فصبر حتى مات لا يأثم كما في الإكراه لو كان صاحب المال يعطيه بالقيمة فلم يأخذ حتى قتل، فإنه يأثم، ولو أكره يحبس أو يقيد على أن يودع ماله من فلان وفلان طائع لم يضمن واحد منهما والمال أمانة؛ لأن صاحب المال مكره على الإيداع طائع في التسليم؛ لأن قوله أودعتك لا يصح من غير رضاء كالبيع والهبة والحبس يسلب الرضا فيعتبر إكراهًا في حق الإيداع والتسليم يصح من غير رضاء فلا يعتبر الحبس إكراهًا في حقه فقد دفع ماله إلى المستودع طائعًا فبقي تسليمه مقصورًا عليه فلا يضمن المكره والمستودع أخذ ماله بدفعه طائعًا ليرده عليه لا يدفع المكره فلا يصير متعديًا، ولو أكرهه على الإيداع بقتل فله أن يضمن أيهما شاء وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه؛ لأنه مكره على التسليم؛ لأن الإكراه بوعيد تلف يجعل فعل المكره منقولا إلى المكره فصار تسليمه منقولا إلى المكره فصار كأن المكره دفع ماله بغير إذنه إلى المستودع والمستودع قبض مال غيره طائعًا بغير إذنه فصار متعديا والإيداع إن لم يصح من المكره بقي مسلما ماله إلى المستودع ليرده إلى المالك وهذا لا يوجب ضمانا على القابض، ولو أكرههما على الإيداع والقبض بالقتل فقبضه المستودع وهلك ضمن المكره دون المستودع؛ لأن المكره صار آلة للمكره فصار قبض المال وأخذه مضافا إلى المكره فصار كأن المكره أخذ المال بنفسه ووضعه عند المستودع ولأن المستودع قبض المال بإذن الشرع؛ لأنه يحل له أخذ مال الغير لاستيفاء نفسه وقد أخذه ليرده إلى المالك؛ لأنه أخذه ليكون وديعة عنده فلم يصر متعديا في الأخذ، فإن قال القابض قبضته لا يدفعه إلى المكره ضمن؛ لأن الإكراه لا يرد على الاعتقاد والضمير، فإذا اعتقد الرد على المكره فقد عدل عن الإكراه فصار طائعًا في القبض فقد قبض ماله بغير إذن صاحبه كالمكره على إجراء كلمة الكفر إذا اعتقد الكفر يكفر؛ لأنه لا حاجة له إلى هذا الاعتقاد لدفع الإكراه فقد عدل عما

أكره عليه ويضمن المكره؛ لأن دفع صاحب المال مع الإكراه صار مضافا إلى المكره فصار غاصبا متلفا، فإن ضمن القابض لا يرجع على المكره وإن ضمن المكره يرجع على القابض لما عرف ولو أكرهه على الهبة وأكره القابض على القبض والقبول فهلك في يده إن قال قبضت لنفسه بحكم الهبة ضمن؛ لأنه قبض ماله طائعًا بغير إذنه؛ لأن الإكراه ورد على مجرد الهبة والقبض لا على القبض لنفسه فلا حاجة إلى هذا الاعتقاد لدفع الإكراه، فإذا اعتقد القبض لنفسه فقد عدل عن الإكراه فصار طائعًا في قبض مال غيره لنفسه بغير إذنه فصار ضامنا ويضمن المكره فيضمن أيهما شاء.

وإن قال: قبضته لا يرده على صاحبه ينظر إن أمكنه أن يقول عند الهبة أخذه لا يرده ولم يقل يضمن، وإن لم يمكنه ذلك لم يضمن ويحلف عليه؛ لأن القبض في الظاهر كان واقعا له؛ لأنه قبضه للتمليك بالهبة فلا يصدق في دعواه أنه قبضه للمالك من غير قرينة ودلالة حال، فإذا كان قادرًا على البيان والإشهاد ولم يشهد أنه يقبضه للمالك فالظاهر أنه قبضه لنفسه، فإذا كان عاجزًا عن البيان والإشهاد فالظاهر أنه قبضه للمالك، نظيره إذا وجد آبقًا في يد إنسان فاشتراه ثم قال: اشتريته لا يرده إلى المالك إن كان قادرًا على الإشهاد وقت الشراء أنه أخذه للمالك ولم يشهد يضمن، وإن كان عاجزًا عنه لم يضمن فكذا هذا.

(باب الإكراه على القتل والقطع)

(**المبسوط**): فيه فصول:

أحدها: في الإكراه على قتل غيره.

والثاني: في الإكراه على قتل نفسه.

والثالث: في القطع.

(فصل)

ولا قصاص ولا دية على المكره على القتل بل على المكره.

وقال أبو يوسف: لا قصاص عليهما وعلى المكرِه الدية.

وقال زفر: يجب على المكرِه دون المكرَه.

وقال الشافعي: يجب عليهما القود أو الدية.

لزفر: أن القتل صدر من المكرَه حقيقة؛ لأنه قادر مختار فيه؛ لأن الإكراه لا يسلب الاختيار والقدرة بل يحققها، ولهذا بقي مخاطبا بالترك حتى أتم القتل، وإثم القتل بلا قتل لا يتصور والآدمي المسلم معصوم النفس محقون الدم فكان قتلًا بغير حق فيوجب القود بالنص.

لأبي يوسف: أنه تمكنت شبهة الإباحة في فعل المكرِه لوجود السبب المبيح وهو الإكراه لقوله عليه السلام: "**رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ وَالنِّسْيَانُ وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ**"(١). أراد به رفع حكمه وهو الإثم والمؤاخذة وهذا السبب إن تقاعد على إفادة حقيقة الإباحة ولا يتقاصر عن إيراث الشبهة والشبهة تمنع القصاص والقتل لم يوجد من المكرِه مباشرة ولا تسبيبا بإضافة القتل الصادر من المكرَه؛ لأنه قادر مختار يقتصر عليه.

لنا: أن القتل إفساد البينة الصالحة المهيأة للنهوض بأعباء التكاليف وذلك لا يجوز إلا إذا تضمن مصلحة صون النفوس المعصومة المحترمة عن الإفساد وحقن الدماء عن السفك والإهدار ليكون خوف وجوب القصاص صادرا للسفهاء عن التجاسر عن سفك الدماء وقتل المكرَه عري عن هذه المصلحة؛ لأنه لا عداوة ولا ضغينة بينهما، ولهذا آلَ الأمر إلى الإكراه بالسيف، ولهذا الورثة يعذرونه في القتل فبقي إفسادا محضا والإفساد حرام بنص الكتاب وقتل المكره يتضمن هذه المصلحة، فإن الورثة يقصدون قتله؛ لأنه انعقد بينهما سبب العداوة حيث أقدم على الإكراه على قتل مورثهم والمكرَه أيضًا يقصد قتلهم مخافة على نفسه فانعقد سبب الهلاك في حق الورثة فيقتل المكره دفعا لسبب الهلاك عنهم فيكون إحياء للورثة معنى وفي إحيائهم إحياء المورث معنى فصلح قتله قصاصًا.

---

(١) أخرجه الطبراني (٢/٩٧، رقم ١٤٣٠) قال الهيثمي (٦/٢٥٠): فيه يزيد بن ربيعة الرحبي وهو ضعيف. وأخرجه أيضًا: الطبراني في الشاميين (٢/١٥٢، رقم ١٠٩٠).

ولو أكره بقتل على أن يقتل عبده أو يقطع يده لم يسعه، فإن فعل يأثم ويقتل المكره في القتل ويضمن نصف قيمته في القطع؛ لأن إراقة دم العبد وهو غير مملوك له؛ لأنه باق على أصل الحرية في حق الروح بأصل الفطرة وكان بمنزلة الحر فيلزم المكره القود عندهما.

وعند أبي يوسف: قيمته، والقصاص لا يجري في أطراف العبيد، فضمنه الدية.

ولو أكره بقتل على أن يقتل أباه أو ابنه فقتله لم يحرم عن الميراث، ولو كان المكره أبُ المقتول أو ابنه يحرم عن الميراث؛ لأن المباشر للقتل هو المكرِه باعتبار صيرورة المكرَه آلة له، ولهذا يجب القصاص والكفارة عليه وإنما إثم المكرَه إذ جعل نفسه آلة لا إثم القتل، كمن شد قوائم إنسان ليلقيه على غيره والمشدود قوائمه بحال يمكنه الدفع فلم يدفع حتى ألقاه فقتله، فإنه يأثم إذ جعل نفسه آلة لا إثم القتل فكذلك المكره يمكنه أن يمتنع عن القتل، فإذا أقدم على القتل فقد جعل نفسه آلة له فيأثم إذ جعل نفسه آلة فلم يكن متعديا جانيا في القتل. أكره بقتل على أن يضرب رجلًا بحديدة فضربه وثنّى بغير إكراه فمات قتلا جميعًا؛ لأن إحدى الضربتين بإكراه فصارت منقولة إلى المكره والأخرى بطواعية فاقتصرت عليه فصارا قابلين له، ولو كانت الضربتان بعصا غرم عاقلة كل واحد منهما نصف الدية في ثلاث سنين لأنهما قتلاه بعصا وذلك القتل شبه العمد وفي شبه العمد تجب الدية على العاقلة، ولو كان الإكراه بحبس أو قيد فالضمان على الضارب قودا كان أو دية؛ لأن فعله اقتصر عليه؛ لأن الإكراه بالحبس لا يعتبر إكراهًا في حق الإتلاف.

(فصل)

أصله: أن المدفوع إلى شريرتين وبليتين يختار أهونهما وأيسرهما لما فيه من دفع الشر عن نفسه بقدر الإمكان ثم المسائل على أربعة أوجه:

الأول: لو أكره بقتل على أن يقطع يد نفسه فهو في سعة في قطعها؛ لأنه ابتلي ببليتين القتل أو القطع والقطع أهونهما؛ لأن الظاهر أن يقتصر ولا يسري، ولهذا يباح قطع الطرف إذا وقعت فيها الأكلة إذا خاف الهلاك على نفسه.

والثاني: لو أكره على قتل نفسه لا يباح له؛ لأنه لا يباح مباشرة قتل متيقن بقتل متوهم، فإن قتل المكره متوهم ربما لا يقتله بل يريد تهديده وتوعيده.

والثالث: لو أكره على إلقاء نفسه في النار أو في الماء أو من سطح إن كان يرجو الخلاص والنجاة من ذلك يباح له وإلا فلا؛ لأنه ابتلى بشرَّين فيختار أهونهما، وإن كان يعلم أنه يهلك لا يباح له إلا إذا كان يرى لنفسه أدنى راحة ومنفعة من تأخير موت حتى يصلح بعض أموره وهذا على قياس قول أبي حنيفة كما في السفينة إذا وقع فيها حريق غالب بأن أوقع العدو فيها النفط، فإن أقام فيها أحرقته النار، وإن ألقى نفسه في الماء غرق إلا أن يرى لنفسه أدنى راحة متى ألقي في الماء فعنده يسعه أن يلقي نفسه في الماء وعندهما لا يسعه، وذكر أن الإحراق بالنار أشد من القتل بالسيف؛ لأن آلامه وأوجاعه أكثر.

والرابع: لو أكرهه بالقتل بالسياط على قتل نفسه بالسيف يباح له قتل نفسه بالسيف؛ لأن القتل بالسياط أشد من القتل بالسيف وهو بما أتى يدفع زيادة ضرر عن نفسه وهذا على قياس قول أبي حنيفة لما مر من نظيره.

(فصل)

وإن أكره بقتل على أن يأمر رجلًا بقتل عبده عمدًا يقتص القاتل به؛ لأن الإذن بالقتل لم يصح من الإكراه؛ لأنه قول يؤثر فيه عدم الرضا ولأنه يملك القتل بدون الإذن فيكون التلف محالا إلى القتل دون الإذن بخلاف المأمور بالعتق لا يضمن؛ لأن المأمور لا يملك الإعتاق إلا بالإذن فصار العتق متلفا بسبب الإذن فيصير التلف محالا إلى الإذن.

ولو أكره المولى بحبس أو قيد يضمن قيمته استحسانًا ويقبض القاتل قياسًا؛ لأن الإكراه بحبس يسلب الرضا ويبطل الإذن والإذن لا يصح من غير رضا فصار كأنه قتله بغير إذن. وجه الاستحسان أن الإذن وإن فسد بالإكراه لفوات الرضا ولكن الفاسد معتبر من وجه؛ لأنه قائم حقيقة غير مهدر فيكون قاتلا بإذنه من وجه وفعل المأذون كفعل الإذن فقيام الإذن حقيقة أورث شبهة فلم يجب القصاص فأوجبنا الدية صونا لدمه عن الهدر.

ولو أكره بقتل على بيع عبده وتسليمه ثم أكره المشتري على قتله فقتله فللمولى أن يقتل المكره قياسًا؛ لأن المشتري مكره على القتل فصار قتله منقولا إلى المكره فصار كأنه قتله ويضمن قيمته استحسانًا؛ لأن العبد مملوك للمشتري بدليل أنه يملك إعتاقه وسائر التصرفات فيه وللبائع فيه حق ملك أيضًا وهو حق الاسترداد فكان للبائع تضمين المكره وإنما يملك تضمين ملك نفسه لا ملك غيره فكان القصاص للبائع من وجه وللمشتري من وجه وكان المستحق مجهولا فلا يكون لأحدهما حق استيفاء القصاص فلا يجب القصاص فأوجبنا القيمة على المكره في مال البائع؛ لأن للبائع فيه حق الاسترداد وقد أبطل المشتري هذا الحق عليه بالقتل بغير رضاه كما لو قتل المشتري المبيع بيعا فاسدًا.

ولو أكره بحبس أو قيد على البيع والقبض ثم أكره المشتري على قتله يقتل بقتله ضمن قيمته لمولاه ثم يقتل المكره بالعبد قصاصًا؛ لأن المشتري طائع في القبض مكره في الشراء؛ لأن الحبس يعتبر إكراهًا في حق الشراء ولا يعتبر إكراهًا في حق القبض فقد ملك المشتري العبد بحكم عقد فاسد فصار مضمونا عليه بالقيمة وقتله صار منقولا إلى المكره فصار المكره قاتلا عبده عمدًا فيجب القصاص.

ولو أكره المشتري على الشراء بحبس والبائع يقبل ثم أكره المشتري على قتله بقتل فقتله فالمولى بالخيار إن شاء ضمن المشتري؛ لأنه طائع في القبض فقد قبض مال غيره بغير إذنه طائعًا فصار متلفا وللمشتري أن يقبض المكره بعبده؛ لأن قتله صار منقولا إليه والعبد تقرر على ملك المشتري وقد قتله المكره بقتل المشتري فيجب القصاص.

(باب الإكراه على الوكالة)

(المبسوط): ولو أكره رجلًا بقتل على أن يوكل رجلًا ببيع عبده من رجل غير مكره ففعل ودفع والوكيل أيضًا دفع وهلك العبد، فللمولى أن يضمن أي الثلاث شاء؛ لأن كل واحد منهما أحدث سبب الضمان في حقه المكره بالدفع؛ لأن دفع

المولى صار منقولا إليه والوكيل بالقبض؛ لأنه قبض ماله وسلمه إلى غيره بغير إذنه؛ لأن الإذن لم يصح لمكان الإكراه والمشتري قبض ماله طائعًا لنفسه بغير إذنه، فإن ضمن المكره رجع على أيهما شاء؛ لأن المكره ملك العبد بالضمان من جهة المولى.

ولو كان العبد قائمًا في يده أخذه منه والوكيل باع وسلم ملكه بغير إذنه؛ لأن بيع الوكيل لا ينفذ على المكره؛ لأن أمره بالبيع كان سابقا على ملكه والوكيل يرجع على المشتري بما ضمن ولا يرجع المشتري على أحد؛ لأن الوكيل ملك العبد بالضمان من جهة المولى لو كان قائمًا في يد المشتري أخذه منه؛ لأن البيع لا ينفذ على الوكيل؛ لأن الأمر بالبيع لم يصح؛ لأنه كان قبل الملك، وإن كان هالكًا في يده ضمنه قيمته والمشتري لا يرجع؛ لأنه ملك العبد بالضمان وقد هلك المضمون في يده فصار كالغاصب الثالث إذا ضمن لا يرجع على أحد فكذا هذا، وكذلك لو أكره المولى بالقتل والوكيل والمشتري بالحبس إلا في فصل وهو أنه ضمن المكره يرجع بما ضمن على المشتري لا على الوكيل؛ لأن الإذن السابق بالبيع والتسليم إن لم يصح فقد وجد منه إذن آخر بالتسليم إلى المشتري بعدما ملكه المكره؛ لأن المكره يملك من حيث دفع المولى العبد إلى الوكيل والمكره صار إذنا للوكيل بتسليم العبد بعدما ملكه فصح إذنه بالتسليم فلم يضمن الوكيل وفي الأول لم يؤخذ من المكره إذن بتسليم ملكه إلى المشتري بعدما ملكه فصار مسلما ملك المكره إلى المشتري بغير إذنه فضمن.

ولو كان الإكراه بحبس لم يضمن المكره وهما ضامنان؛ لأن المولى طائع في الدفع إلى الوكيل فلا يصير الدفع منقولا إلى المكره والوكيل والمشتري طائعين في القبض فلا يصير منقولا إلى المكره والوكيل دفع ماله إلى المشتري بغير إذنه فصار غاصبا بالدفع لا بقبضه؛ لأن المالك كان طائعًا في التسليم إليه فكان قبضه بإذنه ولكن تسليمه إلى المشتري بغير إذن المالك؛ لأن الإكراه بالحبس يسلب الرضا فلم يصح الإذن بالتسليم والمشتري قبض ماله لنفسه بغير إذنه فقد تصدى من كل واحد سبب ضمان فتخير المالك في تضمينها.

ولو أكره المولى والوكيل بقيد والمشتري بقتل ضمن الوكيل لا غير؛ لأن فعل المشتري انتقل إلى المكره فلا يكون له تضمين المشتري والمولى يكون مكرها من جهة المكره؛ لأن الحبس والقيد لا يعتبر إكراها في حق الإتلاف ولا يكون تضمين المكره والوكيل طائع وقد قبض ماله بغير إذنه فضمن.

ولو أكره المالك والمشتري بالقتل والوكيل بالقيد، فإن شاء ضمن الوكيل ولا يرجع على أحد، وإن شاء ضمن المكره ولا يرجع على الوكيل؛ لأن المشتري كان مكرها في القبض فصار قبضه منقولا إلى المكره فصار متلفا والوكيل كان طائعًا في القبض والتسليم؛ لأن القيد لا يعتبر إكراهًا في حق الإتلاف والطائع لا يرجع على أحدهما ضمن والمكره لا يرجع على الوكيل؛ لأنه إنما سلم العبد إلى المشتري بأمر المكره والأمر قد صح؛ لأنه حصل بعد الملك، فإن المكره يضمن من حين قبضه والإذن وجد بعد ذلك.

ولو أكره بالقتل على أن يوكل رجلًا بعتق عبده فوكله لم يضمن الوكيل، وإن كان غير مكره ويضمن المكرِه؛ لأن التوكيل بالعتق تعليق العتق بقبول الوكيل معنى، فإن معنى التوكيل بالعتق كأن يقول الموكل للعبد إن قال لك فلان أنت حر فأنت حر وتعليق العتق مع الإكراه صحيح فصار الوكيل معتبرًا عن الموكل فصار كأن الموكل أعتقه بنفسه والتلف حصل بسبب التوكيل؛ لأنه لولا توكيله لما نفذ عتق الوكيل والتوكيل انتقل إلى المكره فصار المكره متلفا دون الوكيل.

ولو أكره رجلًا على أن يبيع مال المكره أو يشتري له مالًا من رجل والرجل غير مكره جاز والبيع والشراء والعهدة على المكره دون العاقد؛ لأن شرط جواز البيع رضا الموكل؛ لأن رضا الوكيل وإن ضرر زوال الملك على الموكل وقد وجد الرضا من الموكل بزوال ملكه فجاز البيع والعهدة على المكره؛ لأن العهدة بتسليم مبيع أو انتقاد ثمن وذلك يتأدى بالمال والإكراه يمنع التزام المال فيمنع التزام العهدة أيضًا لعدم رضاه بالتزام العهدة والعهدة متى تباعدت عن المأمور كان على الآمر كما في العبد والصبي المحجور إلا أن يتقاضى الثمن أو البيع فيكون ذلك منه برضا بالتزام العهدة فيلزمه.

(باب الخيار في الإكراه)

(المبسوط): ولو أكره على أن يقتل رجلًا أو يكفر وسعه الكفر دون القتل؛ لأن الكفر مرخص فيه في حالة الضرورة وقتل المسلم غير مرخص بحال ما، فإذا ابتلي بين شرين يختار أهونهما.

ولو قتل ولم يكفر قتل المكره قياسًا؛ لأنه قتل نفسا محقون الدم عمدًا طائعًا؛ لأنه كان يجد مَخلصًا عن ذلك بما يسعه وهو أن يتكلم بالكفر وقلبه مطمئن بالإيمان ويضمن الدية استحسانًا في ماله ثلاث سنين إن لم يكن عالما بأن الكفر يسعه؛ لأنه يشتبه عليه ما يشتبه مثله؛ لأنه حسب إن قتل المسلم يحل لدفع الكفر لما فيه من إعلاء كلمة الله تعالى، ألا ترى أن الكفار إذا تترسوا بأطفال المسلمين يحل لهم الرمي إليهم بالنبل والمنجنيق والنار فكان ظنه في موضع الاشتباه فأورث شبهة، وإن لم يعلم أن الكفر يسعه وقتله، قيل بأنه يقتل، وإليه أشار محمد لمّا خص بما إذا لم يعلم أن الكفر يسعه لا يقتل؛ لأنه متى علم أن الكفر يسعه لم يشتبه عليه فلم يوجد شبهة الاشتباه فلم تتمكن الشبهة في القتل فلم يعذر كمن وطئ جارية امرأته وقال: علمت أنها عليَّ حرام يحد. وإن قال: ظننت أنها تحل لي لا يحد وقيل لا يقتل؛ لأن الدليل المورث للشبهة قائم في الحالين وهي أن حرمة الكفر أعظم وأغلظ من حرمة القتل، ألا ترى أن إراقة الدم يجوز لأجل الكفر وإنما تجب الدية في ماله؛ لأنه قتل عمد صدر منه عن طوعه واختياره؛ لأنه لا يجد مخلصا عن الإكراه.

ولو أكره على أن يقتل أو يأكل الميتة أو يشرب الخمر فقتل يقتل القاتل دون المكره؛ لأن شرب الخمر وأكل الميتة مباح حالة الاضطرار وهو صيانة نفسه عن القتل فلأن يباح حالة صيانة نفسه ونفس غيره عن القتل أولى فكان يجد مخلصا عن القتل وإباحة الميتة حالة الضرورة أمر مشتهر فيما بين الناس قل ما يشتبه على أحد فلم يعتبر جنايته وظنه عذرا أو كان طائعًا في القتل وكان القتل عاريا عن الشبهة فيجب القصاص فأما إباحة الكفر حالة الضرورة قد تشتبه على عامة الناس ولم تشتهر فيما بينهم فاعتبر جناية وظنه شبهة في درء القصاص.

(الأصل): أن في كل موضع متى تثبت حقيقة الإباحة بأغلظ الإكراهين وهو المتلف فبأخف الإكراهين وهو الحبس والقيد تثبت له شبهة الإباحة؛ لأن بالإكراه بالحبس يتحقق نوع ضرورة لكن هذه الضرورة متقاصرة وليست بمتكاملة، فإذا تحقق نوع ضرورة تثبت شبهة الإباحة فاختلت الجناية ومتى لم تثبت بأغلظ الإكراهين حقيقة الإباحة فبأخفهما لا تثبت الشبهة؛ لأن الثابت بأغلظ الإكراهين شبهة الإباحة فلو ثبت بأخفهما لتثبت بشبهة الشبهة؛ لأن الضرورة متقاصرة وشبهة الشبهة لا عبرة لها في درء الحدود؛ لأن في اعتباره انسداد باب الحدود والقصاص.

ولو أكره بحبس على شرب الخمر لا يشرب، وإن شرب لا يحد؛ لأن بأغلظ الإكراهين تثبت حقيقة إباحة الشرب حالة الضرورة فبأخفهما تثبت شبهة الإباحة والشبهة كافية لدرء الحد.

ولو أكره بحبس على قتل أو زنا أو كفر لا يفعل، وإن فعل لا يحد وبانت امرأته في الكفر؛ لأن بأغلظ الإكراهين وهو القتل تثبت شبهة الإباحة لا حقيقة الإباحة حتى لا يسعه ذلك، وإن فعل يأثم فبأخف الإكراهين تثبت شبهة الشبهة وهي لا عبرة لها في درء الحد، ولو كانت المرأة مكرهة على الزنا بحبس أو قيد لا حد عليها؛ لأن المرأة لو أكرهت على الزنا بأغلظ الإكراهين تثبت حقيقة الإباحة، فإنه نص محمد رحمه الله في هذا الباب.

لو أكرهت المرأة على أن تمكّن نفسها من الزنا بوعيد تلف، فإنه يسعها أن تمكّن نفسها أو لا تأثم بخلاف الرجل، فإنه لو أكره على الزنا بوعيد تلف لا يباح له؛ لأن الفاعل في الزنا هو الرجل دون المرأة؛ لأن الإيلاج وجد منه لا منها فلم يتحقق الزنا منها لكن فعلها وسيلة إلى الزنا فيباح تمكينها حالة الضرورة ومتى ثبت حقيقة الإباحة بأغلظ الإكراهين في حقها تثبت شبهة الإباحة بأحقهما بخلاف الرجل؛ لأنه بأغلظ الإكراهين لا تثبت حقيقة إباحة الزنا في حقه فبأخفهما لا تثبت الشبهة.

ولو أكره بقتل على أن يقتل هذا الرجل أو يزني بهذه المرأة لا يسعه واحد منهما لأنهما استويا في الحرمة ولحوق المأثم وإلى أيهما مال كان مكرها؛ لأنه لا

يتخلص إلا بأن يفعل أحدهما فكان مضطرا في تحصيل أحدهما، ولو قيل له لتشربَنَّ هذه الخمرة أو يقتل ابنك أو أباك لم يسعه شرب الخمر؛ لأنه لا يخاف على نفسه وإنما يخاف الهلاك على غيره بقتل أبيه أو ابنه ولا يباح له تناول المحرم لرفع الهلاك عن غيره؛ لأن الله تعالى ما أباح شرب الخمر ولا تناول الميتة لأحد إلا عند خوف الهلاك على نفسه.

ولو قيل: ليقتلن أباك أو أمك أو ليبيعن هذا العبد فباعه فالبيع فاسد استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه ليس بمضطر إلى البيع؛ لأنه لا يخاف الهلاك على نفسه وإنما يخاف على غيره. وجه الاستحسان: أن الإنسان كما لا يرضى بقتل نفسه لا يرضى بقتل أبيه أو أمه فلا يكون راضيًا بهذا البيع.

(فصل)

ولو أكره بقتل على أن يعتق عبده أو يطلق امرأته قبل الدخول ضمن المكره الأقل منهما من قيمة العبد ونصف المهر؛ لأنه مضطر في الأقل منهما؛ لأنه يجد مخلصا عن الإكراه بالإتيان بالأقل منهما غير مضطر في الزيادة، وإن دخل بها لم يضمن شيئًا؛ لأنه كان يمكنه أن يطلق ولا يعتق، فإنه دون العتق؛ لأن الإعتاق يتلف مالًا متقوما وبالطلاق يتلف ما ليس بملك متقوم وهو ملك النكاح، فإن المهر قد تأكد عليه بالدخول السابق وإنما أتلف المكره على الزوج مجرد ملك النكاح وإنه ليس بمال وإتلاف ما ليس بمال أدون من إتلاف ما هو مال، فإذا مال إلى إتلاف المال وكان يجد من ذلك مخلصا بما هو دونه فجعل طائعًا وصار كما لو أكره بالقتل ليريقن هذا الخمر أو لتعتقن عبدك فأعتق عبده كان طائعًا في العتق.

ولو أكره بقتل على أن يقتل عبد هذا الرجل أو يأخذ مال رجل آخر ويبيعه أخذ المال، وإن قتل العبد قتل به؛ لأن حرمة الأموال تسقط عند الضرورة الماسة كما في حالة المخمصة فكان استهلاك مال الغير أدون وأهون من القتل فيختار ذلك، فإذا اختار القتل كان طائعًا فيه؛ لأنه كان يجد مخلصا عن القتل بما لا إثم ولا غرامة عليه بل قرار الضمان على المكره.

ولو أكره بقتل أن يضرب عبد فلان مائة سوط أو يأخذ ماله فضرب العبد ومات ضمن عاقلة القاتل قيمته دون المكره؛ لأنه ضرب عبده طائعًا، فإنه كان يجد مخلصا عن الضرب بما يسعه وهو أخذ مال الغير، ولو كانا للمالك وسعه استهلاك ماله دون قتل عبده ويرجع به على المكره؛ لأن قتل العبد لا يباح عند الضرورة ويباح استهلاك مال غيره أو مال نفسه عند الضرورة وكان يجد مخلصا عن القتل بما يسعه فكان طائعًا في القتل واستهلاك ماله، صار منقولا إلى المكره؛ لأنه مكره فيه، ولو قال: استهلك مال فلان وإلا أقتل أباك فاستهلك ماله، عليه ضمانه ولا يأثم إن لم يستهلك حتى قتل أباه إن شاء الله إلا أن يكون المال يسيرا فلا أحبّ له أن لا يستهلك؛ لأن استهلاك مال غيره يباح بغير إذنه متى خاف على نفسه أو على غيره، ألا ترى لو أصابت المخمصة أباه ومع رفيقه طعام كان له أن يأخذ الطعام من رفيقه بغير إذنه ويدفعه إلى أبيه حتى يحيى به ثم يغرم لصاحب المال مثله ولم يكن مكرها على استهلاك المال بوعيد تلف، فإنه يخاف على غيره لا على نفسه فاقتصر فعله عليه.

ولو أكره على أن يأكل طعام نفسه أو يلبس ثوبه ولا ضمان على المكره؛ لأن منفعة ذلك حصلت له وكان إتلافا بعوض قالوا هذا إذا كان الرجل جائعا، فإن كان شبعانا يضمن المكره الطعام؛ لأنه لم يحصل للمكره منفعة فكان إتلافا بغير عوض.

(باب الإكراه على الحلف)

(المبسوط): ولو أكره على أن يحلف بعتق كل مملوك بملكه فحلف ثم ملك ببيع أو هبة عتق ولا يضمن المكره شيئًا، ولو ورث ضمن المكره قيمته استحسانًا؛ لأن اليمين مع الإكراه صحيحة والمكره صاحبه راضيًا بانعقاد هذه اليمين حيث يملك العبد طوعا واختيارا؛ لأنه لو لم يكن يعتقد باليمين لما أقدم على تملكه؛ لأنه أمكنه دفع العتق بالامتناع عن تملكه، فإذا لم يفعل انقلبت اليمين طائعة فلم يصر المكره متلفًا وفي الإرث لم يصر راضيا بتلك اليمين؛ لأنه لم يمكنه دفع العتق؛ لأنه يدخل في ملكه بلا صنعه واختياره فعتق العبد بيمين منعقدة عن كره فصار المكره متلفًا.

ولو أكرهه حتى يقول لعبده: إن شئت فأنت حر، أو لامرأته: إن شئت فأنت طالق، فشاء العبد والمرأة عتق وطلقت وضمن المكرِه قيمته ونصف المهر؛ لأنه لم يوجد من المولى الرضا بتلك اليمين؛ لأنه ليس في وسعه واختياره منع غيره عن المشيّه وعن إيجاد الشرط وفي العبد لا يمكنه دفع هذا الإكراه ببيعه من غيره؛ لأنه ربما لا يجد من المشتري عبده في ذلك المجلس حتى يبيعه منه أو لا يمكنه إلا بضرر يلحقه، فإن إزالة العين عن ملكه لا بمثل قيمته ضرر به.

وكذلك لو أكرهه أن يقول ما لا بد منه نحو قوله: إن صليت أو أكلت أو شربت فأنت حر، ففعل ضمن المكره قيمته؛ لأنه لم يصر راضيًا بتلك اليمين لكونه مضطرا في هذه الأفعال؛ لأنه يخاف على نفسه التلف بتركها، ولو كان له منه بد كدخول دار فلان أو شرب شراب كذا أو أكل طعام كذا أو إن تقاضيت ديني على فلان ففعل لم يضمن المكره؛ لأنه ليس في ترك هذه الأفعال خوف تلف النفس ولا تلف مال بل فيه تعميم وتحرير وذلك لا يكون إكراهًا فلم يصر المكره متلفا. رجل قال إن ملكت فلانا فهو حر فأكره على شرائه وقبضه بأكثر من قيمته عتق وضمن قيمته ولم يرجع بها على المكره؛ لأن المشتري صار معتقا باليمين السابقة المنعقدة عن طوع واختيار والإكراه ورد على شرط العتق وهو الشراء لا على اليمين؛ لأن علة العتق هي اليمين والشراء شرطه والحكم يضاف إلى العلة لا إلى الشرط فصار معتقا باليمين السابقة الصادرة عن طوع ورضا فبقي إعتاقه مقتصرا عليه فصار هو المتلف دون المكره والشراء وقع فاسدًا لانعدام الرضا من المشتري فقد ملكه بحكم عقد فاسد فضمن قيمته دون الثمن، وكذلك لو أكره على تبريء ذي رحم محرم لم يضمن المكره؛ لأن تبريء القريب إعتاق بعوض؛ لأنه وصل إليه بدل الرقبة معنى وهو مجازاة القريب وتحقيق المواصلة بتخليصه عن ذل الرق والعبودية ومنفعة مجازاة القريب فوق منفعة المال كملك النكاح منفعة فوق منفعة المال فيقوم مقام المال فقد أزال المكره ملكه بعوض يعدله أو يفوقه فلا يصير متلفا ولو أكره على أن يجعل امرأته بيد رجل في طلاقها ولم يدخل بها أو يعتق عبده فأعتق فطلق الذي جعل الأمر في يده ضمن المكره نصف المهر للزوج وقيمة العبد لمولاه استحسانًا

لا قياسًا؛ لأن الإكراه وقع على تمليك الطلاق والعتاق لا عليهما؛ لأن الأمر باليد تمليك لا انتفاع فعري إيقاع الطلاق والعتاق عن إكراه فلم يصر المكره متلفا كما لو شهدا على أنه جعل أمر امرأته في الطلاق إلى فلان ثم رجعا لم يضمنا. وجه الاستحسان: أن المكره قصد بالإكراه الإضرار به فالظاهر أنه يكرهه على تمليك الطلاق والعتاق من إنسان يعرف أنه يعتق ويطلق عقيب التمليك ولو لم يفعل فالظاهر أنه يكرهه عليه فيصير الذي الأمر بيده مكرها مضطرا من جهة المكره ولأنه بخلاف الشهادة؛ لأن الشاهد لا يصير حاملا وملجأ المفوض إليه على الطلاق ولا يصير متلفا.

ولو أكره على الإيلاء قبل الدخول فبانت منه بمضي المدة ثم يضمن المكره للزوج شيئًا؛ لأنه يمكنه أن يقر بها في المدة حتى لا يبين ولا يزول عن ملكه شيء بالوطء في الحال فلما لم يطأها صار راضيا بوقوع الفرقة.

وكذلك لو أكرهه على أن يقول إن قربتها فعبدي حر، فإن قربها وعتق لم يضمن المكره؛ لأنه يمكنه رفع هذا الإكراه بأن يبيع هذا العبد ثم يقر بها حتى لا يعتق، فإذا أمكنه الدفع ولم يدفع اعتبر طائعًا ولأن العبد إنما عتق بالقربان وهو كان مكرها على ترك القربان لا على القربان؛ لأن اليمين عقدت للمنع عن القربان لا عليه، ولو كان مدبرًا أو كانت أم ولد له حلف بعتقها فقرب المرأة عتق ولم يضمن المكره شيئًا؛ لأنه طائع في القربان مكره على تركه، فإن لم يقربها حتى مضت المدة ولم يدخل بها ضمن نصف المهر ورجع على المكره بالأقل منه ومن قيمته من حلف يعتقه استحسانًا لا قياسًا؛ لأنه يمكنه أن يقر لها في المدة حتى يحصل له عوض بالغرم من المهر وهو منافع البضع، فإذا لم يفعل جعل طائعًا كما لو كان المعلق بالقربان عتق مملوك يجوز بيعه. وجه الاستحسان: أنه لا يمكنه تحصيل العوض بالقربان في المدة إلا بعتق يلزمه؛ لأنه لا يمكنه بيع المدبر وأم الولد حتى يبيعها ثم يقر لها فلا يعتق ولم يوجد منه الرضا بالعتق ولا بوقوع الفرقة؛ لأنه لا بد من أن يقع عليه أحدهما بسبب إكراهه وقد أمكنه أن يقر بها فيعتق المدبر ولا يلزمه الزيادة على قيمة المدبر، فإذا لم يقرب فقد التزم الزيادة على قيمته طائعًا فلا يرجع

بالزيادة، وإن كانت قيمة المدبر أكبر فقد أمكنه أن لا يقربها حتى لا يلزمه الزيادة على نصف المهر، فإذا قرب فقد التزم الزيادة طائعًا فلا يرجع بها.

(باب الإكراه على النذور والإيجابات والكفارات)

(المبسوط): أكره ليوجب على نفسه شيئًا بالنذر فهو كالطلاق لقول عمر رضي الله عنه: أربع مغفلات مبهمات ليس فيهن رد: الطلاق والنكاح والعتق والنذر.

ولأن النذر تصرف لا يؤثر فيه الهزل ولا يؤثر فيه الإكراه لما بينا ومن وجب عليه شيء بالنذر والهدي أو زكاة أو صدقة فطر أو أضحية فأكره على أداء مثله أو دونه لم يضمن المكره؛ لأنه أكرهه على أداء ما هو واجب عليه.

وإن أكرهه على أداء ما هو أفضل من الواجب قيمة كما لو أوجب هديا فأكرهه على أن ينحر بدنة أو وجب عليه بنت مخاض وسط فأكرهه على أن يؤدي بنت مخاض جيدة ضمن الفضل وجاز عنه؛ لأن فضل ما بين القيمتين لم يكن واجبًا عليه ويجوز؛ لأنه أمكن إسقاط ما في ذمته ببعض ما أداه فيسقط وإذا سقط الواجب لا يضمن المكره ذلك القدر.

ولو أكرهه على أن يعتق عبدًا بعينه عن ظهارة أو كفارة يمينه ضمن المكره ولم يجز عن الكفارة؛ لأن إعتاق هذا العبد لم يكن واجبًا عليه بالتكفير بل الواجب عليه تحرير رقبة مطلقة وهو لم يرض بعتق هذا العبد عن كفارته فيصير المكره معتقًا متلفًا، ومتى وجبت قيمته على المكره لا يجزيه عن الكفارة؛ لأن العتق وقع بعوض إلا أن يقول أعتقت بغير إكراه وأردت كفارة الظهار أو اليمين أجزأه ولا شيء على المكره؛ لأنه عدل عن الإكراه فصار طائعًا في الإعتاق وصار كالمكره على الشراء، والقبض إذا قال قبضته ليكون سالما بحكم البيع يكون طائعًا فكذا هذا.

ولو أكرهه بقيد أو حبس أجزأه عنه ولا ضمان له؛ لأن الإكراه بالحبس لم يعتبر إكراهًا في حق العتق؛ لأنه إتلاف فصار معتقا طائعًا، ولو أكره على أن يتصدق عن يمينه بحبس يرجع على الآخذ دون المكره؛ لأن الصدقة تصرف لا يصح من غير رضا والحبس يسلب الرضا فلم يصر المكره متلفا؛ لأنه لا يعتبر إكراهًا في حق

الإتلاف، وإن أراد أن يكفر به ولا يسترده جاز إن كان قائمًا وإلا فلا ويضمن الآخذ؛ لأنه متى كان قائمًا فالإجازة لاقت عقدًا موقوفا فصحت ومتى كان هالكا فالإجازة لاقت عقدا مفسوخا فلغت والقابض أخذ ماله بغير إذنه فيضمن إذا هلك في يده.

ولو أكره محرم على قتل صيد فالكفارة على القاتل استحسانًا لا قياسًا؛ لأن الفعل ضمان صار منقولا إلى المكره فصار المكره قاتلا، وجه الاستحسان: أن المكره إن لم يبق قاتلا بقي دالا على قتل الصيد والدلالة كافية لإيجاب الكفارة وذلك؛ لأن القتل صار منقولا إلى المكره من حيث إنه إتلاف يؤمن حيث إنه جناية على إحرامه يبقى مقصورًا عليه؛ لأنه لا يصلح آلة للمكره في الجناية على إحرامه؛ لأن الإحرام يثبت بالكلام وفي الكلام لا يصلح آلة له؛ لأنه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره وصار كالإكراه على العتق، ولو كانا محرمين فعلى كل واحد كفارة على أحدهما بالقتل وعلى الآخر بالدلالة على القتل؛ لأنه في معنى الدلالة بل هو أشد من الدلالة على القتل، ولو كان الإكراه بحبس كان على القاتل؛ لأن المكره لم يصر قاتلا؛ لأن فعل المكره لم ينتقل إليه بل بقي مقصورًا على المكره والله تعالى أعلم.

كتاب الوصايا

يحتاج إلى معرفة: مشروعية الوصية، وصفتها، وتفسيرها، وركنها، وشرط جوازها، وحكمها.

أما مشروعيتها: فلقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصِي بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١١]، روى محمد عن أبي حنيفة رحمهما الله عن عطاء بن السائب عن أبيه عن سعد بن أبي وقاص رضي الله عنهم أنه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم: **"يا رسول الله أوصي بمالي كله؟ قال: لا، قال: فبنصفه؟ قال: لا، قال: فثلثه، قال: الثلث والثلث كثير، إن تدع عيالك أغنياء خير من أن تدعهم عالة فقراء يتكففون الناس"**[١]. أي

---

(١) أخرجه مالك (٢) (٢٢١٩) عن ابن شهاب. و«عبد الرزاق» (١٦٣٥٧) عن معمر، عن الزهري. وفي (١٦٣٥٨) عن الثوري، عن سعد بن إبراهيم. و«الحميدي» (٦٦) قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا الزهري. و«ابن أبي شيبة» ١١/١٩٩ (٣١٥٥٨) قال: حدثنا ابن عيينة، عن الزهري. و«أحمد» ١/١٧٢ (١٤٨٠ و١٤٨٢) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان، عن سعد بن إبراهيم. وفي ١/١٧٣ (١٤٨٨) قال: حدثنا عبد الرحمن، عن سفيان، عن سعد. وفي ١/١٧٦ (١٥٢٤) قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر، عن الزهري. وفي ١/١٧٩ (١٥٤٦) قال: حدثنا سفيان، عن الزهري. وفي١/١٨٤ (١٥٩٩) قال: حدثنا حسين بن محمد، قال: حدثنا جرير، يعني ابن حازم، عن عمه جرير، يعني ابن زيد. و«عبد بن حميد» (١٣٣) قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر، عن الزهري. و«الدارمي» (٣٤٤٢) قال: أخبرنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا محمد بن إسحاق، عن الزهري. و«البخاري» ١/٢٠ (٥٦)، وفي «الأدب المفرد» (٧٥٢) قال: حدثنا الحكم بن نافع، قال: أخبرنا شعيب، عن الزهري. وفي ٢/٨١ (١٢٩٥) قال: حدثنا عبد الله بن يوسف، قال: أخبرنا مالك، عن ابن شهاب. وفي ٤/٣ (٢٧٤٢) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا سفيان، عن سعد بن إبراهيم. وفي ٤/٣ (٢٧٤٤) قال: حدثنا محمد بن عبد الرحيم، قال: حدثنا زكريا بن عدي، قال: حدثنا مروان، عن هاشم بن هاشم. وفي ٥/٦٨ (٣٩٣٦) قال: حدثنا يحيى بن قزعة، قال: حدثنا إبراهيم، عن الزهري. قال البخاري: وقال أحمد بن يونس وموسى، عن إبراهيم: «أن تذر ورثتك». وفي ٥/١٧٨ (٤٤٠٩) قال: حدثنا أحمد بن يونس، قال: حدثنا إبراهيم، هو ابن سعد، قال: حدثنا =

=

ابن شهاب. وفي ٦٢/٧ (٥٣٥٤) قال: حدثنا محمد بن كثير، قال: أخبرنا سفيان، عن سعد بن إبراهيم. وفي ١٢٠/٧ (٥٦٦٨) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا عبد العزيز بن عبد الله بن أبي سلمة، قال: أخبرنا الزهري. وفي ٨٠/٨ (٦٣٧٣) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا إبراهيم بن سعد، قال: أخبرنا ابن شهاب. وفي ١٥٠/٨ (٦٧٣٣) قال: حدثنا الحميدي، قال: حدثنا سفيان، قال: حدثنا الزهري. و«مسلم» ٧١/٥ (٤٢١٨) قال: حدثنا يحيى بن يحيى التميمي، قال: أخبرنا إبراهيم بن سعد، عن ابن شهاب. وفي (٤٢١٩) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، وأبو بكر بن أبي شيبة، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة (ح) وحدثني أبو الطاهر، وحرملة، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس (ح) وحدثنا إسحاق بن إبراهيم، وعبد بن حميد، قالا: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، كلهم عن الزهري. وفي (٤٢٢٠) قال: وحدثني إسحاق بن منصور، قال: حدثنا أبو داود الحفري، عن سفيان، عن سعد بن إبراهيم. و«ابن ماجه» (٢٧٠٨) قال: حدثنا هشام بن عمار، والحسين بن الحسن المروزي، وسهل، قالوا: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الزهري. و«أبو داود» (٢٨٦٤) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، وابن أبي خلف، قالا: حدثنا سفيان، عن الزهري. و«الترمذي» (٢١١٦) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان بن عيينة، عن الزهري. و«النسائي» ٢٤١/٦، وفي «الكبرى» (٦٤٢٠ و٩١٤٢) قال: أخبرني عمرو بن عثمان بن سعيد، قال: حدثنا سفيان، عن الزهري. وفي ٢٤٢/٦، وفي «الكبرى» (٦٤٢١) قال: أخبرنا عمرو بن منصور، وأحمد بن سليمان، قالا: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا سفيان، عن سعد بن إبراهيم. وفي ٢٤٢/٦، وفي «الكبرى» (٦٢٨٥ و٦٤٢٢ و٩١٦٣) قال: أخبرنا عمرو بن علي، قال: حدثنا عبد الرحمن، قال: حدثنا سفيان، عن سعد بن إبراهيم. وفي ٢٤٣/٦، وفي «الكبرى» (٦٤٢٤) قال: أخبرنا العباس بن عبد العظيم العنبري، قال: حدثنا عبد الكبير بن عبد المجيد، قال: حدثنا بكير بن مسمار. وفي «الكبرى» (٩١٦٢) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر، عن الزهري. وفي (١٠٨٦٢) قال: أخبرنا محمد بن سلمة، قال: حدثنا ابن القاسم، عن مالك، عن ابن شهاب. و«أبو يعلى» (٧٣٠) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان، عن سعد بن إبراهيم. وفي (٧٤٧) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا ابن عيينة، عن الزهري. وفي (٨٠٣) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا عبد الرحمن، عن سفيان، عن سعد بن إبراهيم. وفي (٨٣٤) قال: حدثنا سويد بن سعيد، عن مالك، عن ابن شهاب. و«ابن حبان» (٤٢٤٩) قال: أخبرنا عمر بن محمد الهمداني، قال: حدثنا عبد الجبار بن العلاء الهمداني، قال: حدثنا سفيان، عن الزهري. وفي (٦٠٢٦) قال: أخبرنا عمر بن سعيد بن سنان، قال: أخبرنا أحمد بن أبي بكر، عن مالك، عن

=

يبدون أكفهم للناس عند المسألة، يقال: تكفف إذا أبدى كفه للمسألة، وقيل: أراد به أن يسألون الكفاية من الناس ولا يبدون كفهم.

وقال النبي عليه السلام: "**إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم زيادة في أعمالكم**"(١).

ولأنا جوّزنا الوصية بخلاف القياس لحاجة الناس؛ لأن الإنسان قد يفرط في جنايته في أمور آخرته ويتقاعد عن أبواب البر والخيرات اغترارًا بأمانه واطمئنانا على حياته، فإذا مرض فحالة المرض حالة الإنابة إلى الله تعالى؛ لأنه إقبال على الآخرة وإدبار عن الدنيا فيحتاج إلى أن يتدارك لبعض ما فرط حالة الصحة على وجه لا يزول ملكه للحال رجاء أن يبرأ من المرض فيبقى على ملكه فجوزنا الوصية دفعًا لحاجته.

وأما صفتها: فالوصية قربة مندوبة وحسنة مستحبة بنصوص مشهورة والوصية للوالدين والأقربين منسوخة بحديث مشهور وهو قوله عليه السلام: "**لا وصية للوارث**"(٢) وهذا خبر مشهور مستفيض تلقته العلماء بالقبول كضوء الشمس حتى كاد يقترب من التواتر كخبر المسح على الخفين(٣).

=

ابن شهاب. وفي (٧٢٦١) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، عن الزهري.

خمستهم: (ابن شهاب الزهري، وسعد بن إبراهيم، وجرير بن زيد، وهاشم بن هاشم، وبكير بن مسمار) عن عامر بن سعد بن أبي وقاص، فذكره.

(١) أخرجه ابن أبي عاصم في الآحاد والمثاني (٧٠/٣، رقم ١٣٨٥)، والطبراني (١٩٨/٤، رقم ٤١٢٩) قال الهيثمي (٢١٢/٤): إسناده حسن. وأبو نعيم في معرفة الصحابة (١٩٥٢/٢ رقم ٢٤٦١). وأخرجه أيضًا: الطبراني في الشاميين (٤١٨/٢، رقم ١٦١٣). وعزاه الحافظ في الإصابة (٢٤٣/٢ ترجمة٢١٨١ خالد بن عبيد الله بن الحجاج السلمي) لابن السكن والطبراني.

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٧١٤) قال: حدثنا هشام بن عمار، قال: حدثنا محمد بن شعيب بن شابور، قال: حدثنا عبد الرحمن بن يزيد بن جابر، عن سعيد بن أبي سعيد، أنه حدثه، فذكره.

(٣) انظر: حاشية ابن عابدين ٦٦/٢.

وأما تفسيرها لغة: فالوصية لغة مشتقة من الإيصاء، والإيصاء طلب شيء من غيره ليفعله حال غيبته، فإنه يقال في المثل أرسل حكيما ولا توصه، أي لا توصه لما يحتاج أن يأتي به حال غيبة المرسل.

وفي متعارف الشرع: طلب الشيء من غيره ليفعله بعد موته مما يحتاج إليه الموصي في آخرته.

وأما ركنها: فقوله: أوصيت بكذا لفلان وأوصيت إلى فلان؛ لأن الوصية تقوم بالإيجاب وحده بدون قبول الموصى له؛ لأنه تمليك بغير بدل كالهبة.

وأما شرط جوازها: فكون الموصى به مالًا قابلا للتمليك من الغير وإن كان معدومًا للحال حتى لو أوصى بما يثمر نخيله العام جاز؛ لأنه مال يقبل التمليك، ولو أوصى بما تلد أغنامه لا يجوز؛ لأنه لا يقبل التمليك لما يأتي وأن يكون الموصي أهلا للتمليك والموصى له أهلا للتمليك.

وأما حكمها: وهو أن يملك الموصى له الموصى به ملكا جديدا كما يملك بالهبة تبرعا واصطناعا كالهبة ويقوم مقام الموصي فيما أوصى به كالوارث؛ لأن الوصية استخلاف الموصى له وإقامته مقام نفسه عند استغنائه بعد الموت.

(باب ما تقع به الوصية وما لا تقع)

(**المبسوط**): الوصية بالثلث جائزة، وبما زاد على الثلث لا يجوز؛ إلا بإجازة الورثة، لحديث سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه على ما روينا، والنبي عليه السلام نفى الوصية بما زاد على الثلث مطلقًا، والمراد بالنفي نفي الجواز لا نفي الحقيقة لئلا يقع الخلف في خبره إذ الحقيقة لا تنتفي بل ينتفي الجواز.

ولو قال في مرضه: ثلثي أو سدسي لفلان جازت وصيته استحسانًا، وله ثلث ماله أو سدسه؛ لأن العادة جرت فيما بين الناس أن الإنسان متى ذكر هذا الكلام في مرضه يريد ثلث التركة بطريق الوصية لا بطريق الهبة فتثبت الوصية بدلالة الحال؛ لأن حالة المرض حالة الوصية وبدلالة أنه لم يوجد التسليم عقيب الكلام والهبة لا تصح إلا بالتسليم.

ولو قال في وصيته: سدس داري لفلان كان وصية، ولو قال: سدس في داري لفلان كان إقرارًا لا وصية؛ لأن الأول ذكر بصيغة التمليك؛ لأن الإضافة بلام التمليك تقتضي أن يكون المضاف ملكا للمضاف إليه كما يقال: دار زيد أي لزيد والتمليك متى ذكر في ذكر الوصية تكون وصية وفي الثاني ذكره بحرف الظرف لا بلفظة التمليك والظرف يقتضي كون المظروف فيه ولا يقتضي كون المظروف لصاحب الظرف كما يقال لفلان ثوب في داري وحنطة في جوالقي فلم يكن ذلك منه تمليكا بل يكون إقرارًا بالملك لفلان، ولو قال له: ألف درهم في مالي كان إقرارًا، ولو قال: من مالي كان وصية إن كان في ذكر وصية لما بينا.

(**المنتقى**) ولو قال: أوصيت بأن له ألفًا في مالي فهو إقرار، ولو قال: أوصيت له ألفًا في مالي فهو وصية؛ لأن الوصية له إنما تستعمل بحرف اللام لا بحرف الباء والإقرار يذكر بحرف الباء والأول ذكره بحرف الباء فكان إقرارًا والثاني ذكره بحرف اللام فكان وصية. مريض قال جعلت لفلان كذا وكذا من مالي فهو على الوصية؛ لأن جعل المال له بدون التسليم إليه لا يكون إلا بطريق الوصية. رجل قال: إن مت في سفري هذا فلفلان عليّ ألف درهم دين فإنها وصية في ثلثه؛ لأنه أضاف إيجاب ألف إلى ما بعد الموت وذلك لا يكون إلا بطريق الوصية.

قال محمد: انظروا كل ما يجوز لي أن أوصي فأعطوه هذا على الثلث، ولو قال: ما يجوز لي أن أوصي فأعطوه فالأمر إلى الورثة؛ لأن له أن يوصي بالثلث وبأكثر، وكلمة ما تخالف كلمة كل؛ لأن كلمة كل للجميع فقد جمع كل ما يجوز له الوصية وأمر بإعطائه فيتناول جميع الثلث وكلمة ما لا تقتضي الجمع فتكون وصية بجنس ما يجوز له الوصية به فيتناول أي شيء يجوز الوصية به فكان للورثة تعيينه.

(**الفتاوى**): لو قال: ادفعوا هذه الدراهم أو هذه الثياب إلى فلان ولم يقل هي له أو هي وصية له قيل هو باطل؛ لأن هذا ليس بوصية ولا إقرار.

ولو قال للورثة: هبوا مني بمائة درهم لا يجب شيء فلو قال أحسنوا مني من مالي تصح الوصية؛ لأن في هذه اللفظة معنى القربة، فإن الإحسان ينبى عن القربة لقوله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُضِيعُ أَجْرَ ٱلْمُحْسِنِينَ ﴿١٢٠﴾﴾ [التوبة: ١٢٠] ولفظ الهبة لا تبتني عن القربة؛ لأنه تجوز الهبة للأغنياء والفقراء.

ولو قال: أخرجوا ألفًا من مالي ولم يزد عليه إن قال ذلك في ذكر الوصية جاز وتصرف إلى الفقراء؛ لأنه أراد به الوصية بدلالة الحال. مريض قيل له: أوص بشيء، فقال: ثلث مالي، ولم يزد عليه قيل: إن كان هذا على أثر السؤال يخرج ثلث ماله ويصرف إلى الفقراء وقيل يصرف إلى الفقراء بلا تفصيل؛ لأن ذكر الثلث بعد سابقة ذكر الوصية يدل على إرادة الوصية بالخبر.

ولو قال: أوصي أن يعطى الناس ألف درهم فالوصية باطلة.

ولو قال: تصدقوا بألف درهم فهو جائز ويعطى الفقراء؛ لأن لفظة الصدقة تنبئ عن القربة فتكون وصية للفقراء ولفظ الإعطاء لا فلا يكون وصية للفقراء بل يكون وصية لكافة الناس فلا تصح. رجل له على آخر دين فقال الطالب إذا مت فأنت بريء من ذلك الدين قال يجوز وتكون وصية من الطالب للمطلوب له؛ لأنه أضاف الإبراء إلى ما بعد الموت والإبراء تمليك من وجه فأمكن تصحيحه وصية وإذا تستعمل للوقت فتكون إضافة الإبراء إلى وقت الموت فتكون وصية معنى.

(باب من تجوز وصيته ومن لا تجوز)

(**المبسوط**): ولا تجوز وصية الصبي والمجنون، وإن قال: أدركت وعقلت تمت.

وقال مالك والشافعي: وصية الصبي المراهق جائزة.

والصحيح قولنا؛ لأن الوصية تبرع محض؛ لأنه لا يقابله عوض مالية وتقع دنياوية والثواب العقباوية كما يحصل له بالوصية يحصل بترك ماله للورثة؛ لأنه بمنزلة الصلة والصدقة للورثة والورثة قائمة مقامه فقيام حاجتهم بالمال كقيام حاجته فصار كالهبة والصدقة المنفذة والعتق المنفذ في مرض موته غير جائز، وإن استغنى عن ماله بموته فكذا هذا.

ولو قال العبد: إن عتقت ثم مت فهو وصية صحت منه الوصية؛ لأنه أضاف الوصية إلى محل قابل للتبرع وإلى حال زوال حق المولى فهو ما بعد العتق وهو من أهل العبارة وعبارته صحيحة فانعقدت وصيته صحيحة لأنها نافعة له غير مضرة بالمولى بخلاف الصبي؛ لأن عبارته غير صحيحة في حق التبرعات المحضة.

(المنتقى) ولو قال: ثلث مالي لفلان ولبني تميم، فالثلث كله لفلان، ولو قال: لفلان ولرجل من المسلمين، فلفلان نصفه أو لو قال لفلان عشرة وتسعة أعشاره باطلة والفرق أن بني تميم قوم لا يحصون فيتعذر إثبات الوصية لهم فلغت الإضافة إليهم وبقيت الوصية بثلث ماله لفلان لا غير فأما رجل أو تسعة من المسلمين، وإن كان مجهولا ذاتًا ولكن أمكن اعتبار القسمة فيه فيكون لفلان النصف أو العشر ولما أضاف إلى المجهول بطل للجهالة، ولو أوصى بثلث ماله لفلان أو لفلان قال أبو حنيفة وزفر الوصية باطلة؛ لأن هذه وصية للمجهول فلم يصح كما لو أوصى لرجل من الناس، وعن أبي يوسف وهو بينهما نصفان؛ لأنه صح إيجاب الوصية لأحدهما وليس أحدهما بأولى من الآخر فتنصف بينهما، وروى هشام عن محمد قال هذا إلى الوارث يعطي أيهما شاء وليس إلى الوصي؛ لأن جهالة الموصى له يزول بتعيين الوارث فكان التعيين إليه؛ لأن التركة حقه والموصي قصد تصحيح وصيته لا إبطالها. رجل أوصى لرجل بمائة ولآخر بمائتين ثم قال لرجل قد أشركتك في وصية أحد هذين فذلك إلى الورثة يشركونه في وصية أيهما شاء ولأنه أمكن رفع الجهالة بتعيين الورثة ولهم ولاية التعيين لأنهم يقومون مقام المورث في التركة. رجل له عبدان فأوصى برفعهما لرجل أو ما دونهما لآخر ثم مات الموصي ثم مات أحد العبدين ولا يدرى أيهما هو، قال أبو حنيفة وزفر الوصية باطلة أجمعا على أخذ الباقي أو لم يجمعا لجهالة الموصى به، وقال أبو يوسف: إن أجمعا على أخذ الباقي فهو بينهما نصفان وإن لم يجمعا على أخذه فلا شيء لهما وفي رواية عنه هو بينهما نصفان. رجل مات وترك ابنًا فأقر الابن أن أباه أوصى لهذا بالثلث ثم قال لا بل لهذا الآخر.

قال أبو يوسف: هو للأول ولا شيء للآخر وهو قول أبي حنيفة إلا أن يكون دفع الثلث إلى الأول بغير قضاء فيضمن للثاني ثلثًا آخر؛ لأن قوله لا بل لاستدراك الغلط والرجوع عن الأول وإقامة الثاني مقام الأول وبالإقرار للأول صحت الوصية ولزمت للأول فلا يصح الرجوع عنها في حق الأول وصح إقراره للثاني، فإذا دفع إلى الأول يعتبر قضاء فقد استهلك الثلث في حق الثاني فضمن له.

ورُوي عن أبي يوسف: أنه رجع عن هذا وقال: يضمن دفع بقضاء أو بغير قضاء أو لم يدفع؛ لأنه صار متلفا للثلث في حق الثاني بالرجوع. مريض حضره الموت فقال لرجل عليّ ألف درهم لا يوقف شيء من ماله، ولو قال لمحمد علي ألف ولا يعرف محمدًا توقف مقدار الدين؛ لأن في الأول الموصى له مجهول جهالة لا يمكن استدراكها وفي الثاني مجهول جهالة يمكن استدراكها بالتفحص عنه. هشام عن محمد لو قال: أوصيت بأحد هذين العبدين لزيد ومات قبل البيان إلى الورثة ولو اختلفوا في دفع أيهما توقف حتى يجتمعوا على دفع أحدهما وإن كانوا صغارا حتى يبلغوا؛ لأنه انقطع البيان من الموصي فيرجع في البيان إلى من يقوم مقامه في الملك كما في العتق المبهم، وقال في الإملاء فأيُّهم سبق في البيان فالوصية تصرف إليه ولا قول للباقين، وإن كانوا صغارا فإلى الوصي يدفع أقلهما قيمة وإن دفع أكثرهم قيمة جاز وإن لم يكن وصى فالقاضي يدفع أيهما شاء، وكذلك لو أوصى لأحد هذين الرجلين لهذا العبد فعلى هاتين الروايتين؛ لأن الواحد من الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما للميت وفيما عليه وتنفيذ الوصية حق للمستحق للموصي فيجوز تنفيذها في أحد الورثة فكذلك في تعيين الوصاية والموصى له وفي وقف هلاك البصري، ولو قال أوصى لرجلين بثلث ماله ثم قال الموصي قد رجعت عن وصية أحدهما ومات ولم يبين فلا خيار للورثة وكون الثلث بينهما نصفين؛ لأن إيجاب الوصية لما قد صح والرجوع عن وصية أحدهما لم يصح للجهالة فبقيت الوصية لهما كما كانت وفي رواية عن أبي يوسف ومحمد يخير الورثة في ذلك فيعطون من شاؤوا؛ لأن الرجوع عن وصية أحدهما قد صح؛ لأن الجهالة لا تمنع صحة الرجوع؛ لأنه إبطال وإسقاط والإسقاط يصح مع الجهالة كما في الطلاق والعتاق إلا أن المرجوع عنه مجهول وقد فات البيان من الموصي فقامت الورثة مقامه في البيان كما في العتق المبهم وفي وقف هلاك الرازي إذا قال أوصيت لهذا بألف درهم وأوصيت لفلان بألف ثم قال رجعت عن إحدى الوصيتين ومات ولم يبين فلكل واحد منهما نصف وصيته؛ لأن أحدهما بالرجوع عن وصيته ليس بأولى من الآخر فبطلت إحدى الوصيتين عليهما.

(باب الوصية للمملوك ولد وأب فلان)

(المنتقى) قال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: رجل أوصى لمملوك رجل إن ينفق عليه كل شهر عشرة دراهم فهو جائز ولا تبطل الوصية بالبيع والعتق؛ لأن الوصية بالإنفاق على العبد تكون وصية لمولاه في حالة الرق؛ لأن العبد لا ملك له وتكون وصية للعبد بعد العتق لا يثبت له أهلية الملك، فإن صالح مولاه عن ذلك وأجاز العبد فهو جائز، فإن عتق قبل أن يخير ثم أجاز بعد العتق فإجازته باطلة؛ لأن صلح المولى إنما يصح في حق نفسه؛ لأن حقه في الحال ثابت وإنما يعتبر إجازة العبد؛ لأن الحق يؤول إليه بعد العتق؛ لأن ابتداء الحق يثبت به بعد العتق بلا فصل.

قال أبو يوسف: لو أوصى لعبد رجل بألف فباعه مولاه ثم قبل العبد الوصية فالوصية للمولى الثاني، وكذلك لو باعه ثم مات المولى ثم قبل الوصية؛ لأن القبول وقع في ملكه فهذا بمنزلة أمة تزوجت بغير إذن المولى ثم أعتقها فالمهر لها إن وقع الدخول بعد العتق وللمولى إن وقع قبله.

وقال محمد: الوصية للذي يكون مولى العبد يوم مات الموصي؛ لأن القبول إنما يعتبر بعد موت الموصي؛ لأن الوصية تنفذ بعد موته. رجل قال لعبده إذا مات فلان فانتحر وقال فلان: قد أوصيت بثلث مالي لعبد فلان فذلك جائز وإذا مات فلان فالعبد حر والثلث له وهو بمنزلة رجل أوصى لمدبره بثلث ماله؛ لأن العتق والوصية يقعان معا فيجوز.

ولو أوصى لفرس فلان ينفق عليه كل شهر بعشرة دراهم فهو جائز، فإن نفق الفرس أو باعه بطلت الوصية؛ لأن هذه وصية لصاحب الفرس من كل وجه إذ الفرس مملوك وليس له حالة مالكية أبدًا وقد بطلت جهة صرف الوصية فبطلت بخلاف العبد، فإن له حالة مالكية وهو ما بعد العتق.

(باب ما يجوز به الوصية وما لا يجوز)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: في الوصية بالمال المعين.

والثاني: في الوصية بالمال المبهم.

(فصل)

الوصية بأعيان الأموال جائزة سواء كان الموصى به موجودًا معينًا أو جزءًا شائعًا، كما لو أوصى بثلث ماله أو ربعه وله مال موجود أو لا مال له أو أوصى بمال معدوم بأن أوصى بما يثمر نخيله أو بما يخرج من بستانه فالوصية في الثلث جائزة ويعتبر ماله وقت موت الموصي هلك ما كان أو استفاد مالًا آخر؛ لأن الوصية إيجاب الملك عند الموت؛ لأن الوصية استخلاف الموصى له وإقامته إقامة نفسه عند استغنائه بعد الموت كالوارث فيعتبر محل التمليك عند الموت حتى لو أوصى بثلث ماله وله ثلاثة آلاف درهم ثم مات وله ألف تصح الوصية من ثلث الألف، ولو أوصى له بعبد فلان ثم ملكه ثم مات جازت وصيته؛ لأن تعليق الوصية بالملك جائزة، كما لو قال لعبد إن ملكتك فهو وصية لفلان جازت لأنها تعليق الملك بالموت فصار، كما لو قال لعبده إن اشتريتك فأنت حر فاشتراه عتق.

ولو أوصى لرجل بألف من مال رجل أو لعبد له فأجاز بعد موته جاز وله أن يرجع ما لم يدفع إليه؛ لأن توجيه الموصي وتبرعه توقف على إجازة صاحب المال، فإذا أجاز فكأنه تبرع والتبرع لا يفيد الملك قبل التسليم فله أن يمتنع والوصية لا تبطل بموت الموصي.

ولو أوصى بصوف غنمه وأولادها وألبانها وسمنها لم يجز إلا ما على ظهرها أو في ضرعها وبطونها يوم مات فرق بين هذا وبين الوصية بالغلة تجوز، والفرق أن الوصية عقد تمليك وكل ما يجوز تمليكه بعقد من العقود يجوز تمليكه بالوصية وما لا فلا؛ لأنها أسرع جوازا وأوسع نفاذا من سائر العقود لأنها تجوز مع كونها تمليكا مضافا إلى ما بعد الموت، ويصح تعليقها بالحظر والغلة والثمار التي ستحدث يجوز تمليكها بعقد من العقود وهو الخلع والنكاح عليه وبالزراعة والمعاملة فكذلك بالوصية واللبن المضروع والولد المظروف والصوف القائم على الظهور يجوز تمليكها بالخلع والصلح عليه وبالنكاح فكذلك بالوصية فأما المعدوم من هذه الأشياء لا يجوز تمليكه بعد من العقود فكذلك بالوصية.

(فصل)

ولو أوصى بثلث غنمه ولا غنم له فالوصية باطلة، ولو كان في ملكه غنم في

يوم الوصية ثم هلكت غنمه بطلت الوصية؛ لأن الوصية بالعين تعلقت بها فتبقى ببقائها وتبطل بهلاكها.

ولو أوصى بشاة من ماله لم تبطل وتعطيه شاة وسطا أو قيمتها؛ لأن هذه وصية تقدر قيمة شاة من ماله؛ لأن الشاة لا توجد في جميع ماله وإنما يوجد فيه قدر قيمة الشاة فعلم أنه أراد بذلك قدر قيمة الشاة لا عينها وهذا كقوله عليه السلام: "**فِي خَمْسٍ مِنَ الإِبِلِ السَّائِمَةِ شَاة**"(١) معناه أي قدر قيمة الشاة فكانت هذه وصية تقدر قيمة شاة شائع في جميع ماله وماله يعتبر عند الموت(٢).

ولو أوصى له بدابة أو ثوب من ماله فللوارث أن يعطي أي دابة وأي ثوب شاء؛

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١٢١/٣ (٩٩٨١) و١٢٤/٣ (٩٩٩٩) و١٣١/٣ (١٠٠٥٧) و١٣٣/٣ (١٠٠٧١) و١٣٦/٣ (١٠٠٩١) مطولا ومختصرا، قال: حدثنا عباد بن العوام. و«أحمد» ١٤/٢ (٤٦٣٢) قال: حدثنا عباد بن العوام. و١٥/٢ (٤٦٣٤) قال: حدثنا محمد بن يزيد، يعني الواسطي. و«الدارمي» (١٧٤٣ و١٧٤٩) قال: أخبرنا الحكم بن المبارك، قال: حدثنا عباد بن العوام، وإبراهيم بن صدقة. وفي (١٧٥٠) قال: حدثنا محمد بن عيينة، عن أبي إسحاق الفزاري. و«أبو داود» (١٥٦٨) قال: حدثنا عبد الله بن محمد النفيلي، قال: حدثنا عباد بن العوام. وفي (١٥٦٩) قال: حدثنا عثمان بن أبي شيبة، قال: حدثنا محمد بن يزيد الواسطي. و«الترمذي» (٦٢١) قال: حدثنا زياد بن أيوب البغدادي، وإبراهيم بن عبد الله الهروي، ومحمد بن كامل المروزي، المعنى واحد، قالوا: حدثنا عباد بن العوام. و«أبو يعلى» (٥٤٧٠) قال: حدثنا مجاهد بن موسى الختلي، قال: حدثنا عباد بن العوام. وفي (٥٤٧١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا عباد بن العوام. و«ابن خزيمة» (٢٢٦٧) قال: حدثنا الفضل بن يعقوب، قال: حدثنا إبراهيم بن صدقة. أربعتهم: (عباد بن العوام، ومحمد بن يزيد، وإبراهيم بن صدقة، وأبو إسحاق الفزاري) عن سفيان بن حسين، عن ابن شهاب الزهري، عن سالم، فذكره.

وذكره البخاري، تعليقا، في ترجمة الباب: باب لا يجمع بين متفرق، ولا يفرق بين مجتمع، ١٤٤/٢، فقال: ويذكر عن سالم، عن ابن عمر، رضي الله عنهما، عن النبي صلى الله عليه وسلم... مثله.

(٢) انظر: قليوبي ١٥٧/٢، ٨/٣، ١٥٧، ٢٩٧، وابن عابدين ١٣٤/٥، ١٤٧، ٢١٧، وجواهر الإكليل ٤/٢، ٣٥، والشرح الصغير ٢٢/٣، ٢٤، ١٤١/٤، ٤٧٤، والمغني ٧٧/١، ١٥/٣، ٢٥١/٤ - ٢٥٥، ٣٢١/٨.

لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الله تعالى ثم ما أوجب الله تعالى من جنس واحد يجب الوسط كالزكاة ما أوجب من أجناس مختلفة كالكفارة يتخير المكفر بين الأعلى والأوسط والأدون فكذلك في إيجاب العبد إن أوجب الوصية من جنس واحد يتعين الوسط وإن أوجب من أجناس مختلفة يتخير الوارث.

ولو أوصى بثلث غنمه وهلك ثلثا غنمه والباقي يخرج من ثلثه جاز، وكذلك المكيل والموزون، وقال زفر: ثلث ما بقي قياسًا؛ لأن الموصي لما مات صارت الغنم مشتركة بين الموصى له وبين الورثة والمال المشترك متى هلك منه شيء هلك على الشركة وما بقي يبقى على الشركة.

لنا: أن حق الموصى له مقدم على حق الورثة فما لم يفصل عن حقه لا يملك الورثة فيصرف الهلاك إلى حق الورثة؛ لأن حقهم متأخر كما لو كان في التركة دين وهلك بعضها يصرف الهلاك إلى حق الورثة والموصى له؛ لأنه مقدم على الحقين قضاء، وكذا هذا، ولو أوصى له بثلث من الدقيق أو بثلث من الدواب مختلفة الجنس أو بثلث من الدور فاستحق إثبات أو هلك والباقي يخرج من الثلث فله ثلث الباقي لا غير؛ لأن هذه الأشياء مما لا تقسم ولا تجمع نصيب واحد من الشركاء في البعض حال قيامها فتعذر صرف الهلاك إلى حق البعض والقائم إلى حق الآخر بالأبعد اعتبار جمع حق كل واحد منهم في البعض وهذا متعذر فصرفناه إلى الكل فما هلك يهلك على الكل وما بقي يبقى للكل وهذا يستقيم على قول أبي حنيفة وعندهما يقسم ويجعل نصيب كل واحد في واحد فيعطى الموصى له الباقي كله إذا كان يخرج من الثلث كما في الغنم.

(المنتقى) لو قال: أوصيت بأفضل هذه الأبواب وكلهن سواء لم يوص بشيء، ولو قال: أفضلهن لفلان فهذا إقرار منه ويعطى الورثة واحدًا من الثلث؛ لأن جهالة الموصى به تمنع صحة الوصية لأنها تمليك وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار؛ لأن الإقرار إخبار عن كائن سابق وليس بتمليك. رجل قال ضعوا ثلث مالي حيث أمر الله تعالى قال يرد إلى الورثة؛ لأن الله تعالى أمر بدفع الميراث إلى الوارث، ولو أوصى أن يسقي عنه الماء شهرا في الموسم أو في سبيل الله تعالى فالوصية باطلة بجهالة الموصى به؛

لأن مقدار السقي مجهول والموسم مجهول متفاوت، وقال أبو يوسف: إذا أوصى أن يسقي عنه في الموسم، فإنه يسقي عنه يوم التروية ويوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق ويضرب لهذه الوصية في الثلث بجميع الثلث؛ لأن أيام الموسم معلومة والسقي إنما يجوز من الثلث وكان هذا وصية بالثلث للسقي في أيام الموسم. عن الحسن: لو قال أوصيت بثلث مالي وهو ألف درهم وبنصيبي من هذه الدار وهو الثلث أو بما في هذا البيت وهو كذا وقال جميع ما في هذا الكيس لك وهو ألف درهم ودفعه إليه، فإذا الموجود أكثر مما سمى فكله للموصى له أو للموهوب له بعد أن يخرج من الثلث، وفي البيع لا يكون له إلا المسمى؛ لأنه أضاف الإيجاب والتمليك إلى الثلث مطلقًا وإلى جميع ما في الكيس والبيت فصحت الإضافة إلا أنه بين مقداره على حسبان أنه كذا ولم يكن فيكون هذا غلطا منه في الحساب فلا يقدح في الإيجاب الصادر منه مطلقا بخلاف البيع؛ لأنه لا يصح إيجاب البيع إلا إذا كان المبيع مقدرا معلوما، فإذا ذكر مقداره انصرف البيع إليه لا غير، وكذلك لو قال أوصيت له بغنمي كلها وهي مائة شاة، فإذا هي أكثر فله كلها؛ لأنه أخرج الكلام مخرج التفسير فكان هذا غلطا منه، ولو قال أوصيت له بغنمي هذه وله غنم غيرها فله الغنم المشار إليه بخلاف ما لو قال أوصيت له بثلث مالي وهو هذا حيث لا تعتبر الإشارة؛ لأن الثلث عبارة عن الجزء والشائع والعين غير الشائع فلغت الإشارة وهنا الإشارة والتسمية قد اجتمعتا وإحداهما لا تنافي الأخرى وكانت الإشارة أولى؛ لأنها أبلغ في التعريف فعلقت الوصية بالعين المشار إليها.

(الفتاوى): ولو أوصى بأن يتخذ طعاما للناس بعد وفاته ويطعم الذين يحضرون التعزية ثلاثة أيام قيل الوصية باطلة.

وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني: يجوز من الثلث للذي يطول المقام معه عنده والذي يجيء من مكان بعيد والأغنياء والفقراء سواء ولا يجوز للذي لا يطول مقامه، وإن جعل الوصي من الطعام شيئًا كثيرا ضمن، وإن كان قليلًا لم يضمن، ولو أوصى بأن يكفن له من ثمن كذا أو يكفن في مسح اشتراه ويغل يده ويقيد رجله فالوصية باطلة ويكفن كفن مثله ويدفن كما يدفن سائر الناس وكذا الوصية بالدفن

في داره وبالنقل من موضع إلى موضع باطلة؛ لأن ولايته في ماله بالموت منقطعة وهذه الوصية لم تكن بجهة القربة ونقل الأموات من موضع إلى موضع معصية؛ لأنه منهي عنه فتكون الوصية باطلة ولو نقله الوصي بغير إذن سائر الورثة ضمن ما أنفق في حمله ونقله.

ولو أوصى بأن يحفر عشرة أمتار للأموات قيل الوصية باطلة وقيل إن كانت الوصية في مقبرة بعينها ليدفن فيها الموتى من أبناء السبيل والفقراء فالوصية صحيحة؛ لأن هذه وصية بقربة.

ولو أوصى بأن يطين قبره أو يضرب على قبره فيه أو يدفع إلى إنسان شيئًا ليقرأ على قبره القرآن فالوصية باطلة؛ لأن عمارة القبور للأحكام مكروهة وأخذ شيء للقراءة لا يجوز؛ لأنه بمنزلة الأجرة على القراءة.

(باب الوصية بمنافع الأعيان وبما في بطون الحيوان)

(المبسوط): لو أوصى بخدمة عبده أو بسكنى داره أو بثمرة بستانه أو بغلة دوره وأراضيه جاز خلافًا لابن أبي ليلى، فيكون للموصى له مدة حياته وتعود الرقبة إلى الورثة بعد مماته؛ لأن الوصية بالمنفعة تمليك رقبة العين في حق ملك المنفعة؛ لأنه لا يتهيأ الانتفاع والارتفاق بالعين إلا بعد صيرورته أحق وأخص بملك الرقبة كما في الإجازة، فإنها تمليك رقبة العين في حق ملك المنفعة وكانت هذه وصية بملك رقبة في حق استيفاء المنفعة لا مطلقًا، فإذا صار الموصى به مستوفيًا لمدة حياته عادت الرقبة إلى ملك الورثة وما كان من الثمرة والغلة حاصلا قبل موت الموصى له يكون لورثته وما يحصل بعد موته يكون لورثة الموصي، وإنما يجوز إذا خرج من الثلث كما في الوصية بالعين؛ لأن الوصية بالمنفعة كالوصية بالعين فيكون العبد والدار ثلثه للموصى له بالمنفعة وثلثاه للورثة وتعتبر قيمة العين وحدها ولا تضم قيمة الثمرة والخدمة والغلة إلى رقبة الأعيان؛ لأن المنافع معدومة وقت الموت، فيكون مال الموصي العين وحدها ولا يضم قيمة الثمرة والخدمة والغلة إلى رقبة الأعيان؛ لأن المنافع معدومة وقت الموت فيكون مال الموصي العين وحدها فيعتبر خروج قيمة العين من الثلث.

ولو أوصى بغلة عنده أو نخلة داره في المساكين جاز.

ولو أوصى بسكنى داره أو بخدمة عبده للمساكين لا يجوز إلا لرجل بعينه؛ لأن الوصية بخدمة العبد وبسكنى الدار لا يمكن تنفيذها؛ لأنه لا يمكن السكنى في الدار إلا بالمرمة والعمارة والعبد لا يمكن استخدامه إلا بالنفقة ولا يقدر القاضي أن يقضي بالمرمة والنفقة على أحد منهم فمتى تعذر تنفيذها بطلت وأمكن تنفيذ الوصية بالغلة؛ لأنه يرم الدار من تلك الغلة فيجب تنفيذها.

ولو أوصى بظهر دابته في سبيل الله تعالى لم يجز عندهما، وعند محمد يجوز وقد مرت في كتاب الوقف.

(**المنتقى**): ولو أوصى بسكنى داره لرجل ولا مال له غيرها، قال أبو حنيفة: ليس للوارث أن يبيع الثلثين.

وقال أبو يوسف: لهم ذلك وإن تقاسموا يقرروا لصاحب الوصية الثلث؛ لأنه لو أوصى برقبة الدار وليس له سوى هذه الدار كان لهم أن يبيعوا الثلثين فكذلك منفعة الدار والمنافع تابعة لرقبة الدار.

لأبي حنيفة رحمه الله: أن حق الموصى له تعلق بالانتفاع بكل الدار مدة حياته وبيع الثلثين يوجب إبطال حقه في الانتفاع بكل الدار فلا يبيع ما لم تكمل المدة.

(**المبسوط**): ولو أوصى بثمر نخله وفيها ثمرة يوم مات كان له من الثلث وليس له ما يثمر بعدها إلا أن يقول أبدًا؛ لأنه إذا كان فيها ثمرة يراد بالوصية الثمرة القائمة لا الحادثة عرفًا وعادة، فإنه إذا سئل الموصى له هل أكرمك الموصي فيقول نعم يريد بذلك الثمرة القائمة في الكرم دون ما يحدث بعدها والثابت عرفا كالثابت نصًّا فتقيد الوصية بالثمرة القائمة إلا أن يقول أبدًا؛ لأن التنصيص على الأبد تنصيص على الحادث؛ لأن الثمرة القائمة دخلت تحت الوصية بقوله أوصيتك بثمرة نخلي من غير ذكر الأبد فوجب أن يكون لذكر الأبد زيادة فائدة حتى لا يلغو ذكر الأبد وإنما يقيد فائدة إذا انصرفت الوصية إلى الحادثة والقائمة، ولو لم يكن فيها ثمرة يوم مات ولم يقل أبدًا فالثمرة له أبدًا من الثلث؛ لأنه يراد بالوصية الثمرة الحادثة إذ لو لم تنصرف إلى الثمرة الحادثة لبطلت الوصية وهو قصد صحة الوصية وكانت الحادثة مراده بالوصية عرفا وشرعا.

(الفتاوى): رجل أوصى بترك كرمه ثلاث سنين للمساكين فمات ولم يحمل كرمه ثلاث سنين شيئًا قيل بطلت وصيته وقيل يوقف ذلك الكرم إن خرج من الثلث قال يتصدق بغلة ثلاث سنين قال الفقيه أبو الليث: وهذا موافق لقول أصحابنا لأنهم قالوا لو أوصى بخدمة عبده سنة لفلان وفلان غائب فمتى رجع، فإن العبد يخدمه سنة، ولو أوصى بخدمته هذه السنة فقيد فلان بعد مضي سنة بطلت وصيته فكذلك الغلة؛ لأن الوصية متى أضيفت إلى سنة معينة تقيدت بها وتبطل لمضيها ومتى أضيفت إلى سنة منكرة لا يتقيد بسنة معينة بل تبقى ما لم يستوف الوصية.

ولو أوصى بغلة كرمه لفلان، فإنه يدخل فيها القوائم والأوراق والحطب والثمرة، ألا ترى أنه لو دفع الكرم معاملة فكل هذه تدخل فيها.

ولو أوصى بغلة داره لإنسان كأن الدار تأجرت وتدفع إليه غلتها وإن أراد الموصى له أن يسكن بنفسه قيل له ليس ذلك لك وقيل له ذلك كما في الوقف وقد ذكرناه ثمة.

(فصل)

ولو أوصى بما في بطن أمته فولدت لستة أشهر لم يصح، ولو ولدت لأقل من ستة أشهر صح ويكون له؛ لأن الوصية إنما تصح بحبل موجود وقت الموت لا بحبل تجده الجارية بعد الموت وقد تيقنا بوجود الحبل وقت الموت متى جاء به لأقل من ستة أشهر وشككنا في وجوده متى جاء به لستة أشهر فصاعدًا لاحتمال أنه حدث على ملك الوارث فاسدًا يثبت جوازها بالشك.

ولو أوصى للجنين إن ولدت لأقل من سنتين وانفصل حيا جاز وإن انفصل ميتا لا يجوز؛ لأنه ثبت وجوده وقت الوصية حكمًا لثبات النسب من الزوج؛ لأن النسب إنما يثبت باعتبار العلوق قبل الموت لا بعده فلما حكمنا بثبوت النسب من الزوج فقد حكمنا بوجوده يوم مات الموصي؛ لأن الموصي مات بعد موت الزوج وبخلاف ما لو كان الزوج حيا فولدت لستة أشهر من يوم موت الموصي لا تصح الوصية؛ لأن في الوطء الحلال يحال بالعلوق إلى أقرب الأوقات فلا يتيقن بوجود الحبل يوم موت الموصي إلا إذا ولدت لأقل من ستة أشهر ومتى كان الوطء حراما

أو كـان الـزوج ميتـا، فإنـه يحـال بـالعلوق إلـى أبعـد الأوقـات حمـلًا لأمرهمـا علـى الصلاح فلو انفصل ميتا لا يتيقن بوجود الحياة فيه يوم موت الموصي بجواز أنه لم تنفخ فيه الروح فلا تثبت الحياة بالشك، ولهذا لا يرث ولا يسمى ولا يصلى عليه.

رجل له ثلاثة إماء حوامل لا مال له غيرهن وأوصى لرجل بثلث رقابهن ولآخر بثلث ما في بطونهن فلكل ماله ثلث ما أوصى به له، ولو لم يوص بثلث رقابهن ولكنه أوصى بثلث ماله لرجل وبثلث ما في البطون لآخر يشرك صاحب الثلث صاحب ما في البطون في وصيته؛ لأن اسم المال يتناول الأجنة فأما اسم الرقبة لا يتناول الأجنة.

(باب الوصية بالظرف فيدخل المظروف فيها)

(**المبسوط**): ولـو أوصـى لـه بهـذا الجـراب الهـروي فلـه الجـراب ومـا فيـه؛ لأن الجراب الهروي اسم لجراب فيه ثياب هروي، وإن كان خاليًا عن الثياب الهروي يسمى جرابا ولا يسمى جراب هروي، فإذا كان هذا الاسم يطلق على جراب فيه ثياب هروي صار كأنه قال أوصيت لك بالجراب وبما فيه، وكذلك بهذا الدن الخل فكذا الدن وما فيه، وكذلك القوصرة من الثمر؛ لأنه إنما يسمى دن الخل وقوصرة الثمر باعتبار كون المظروف فيه.

ولـو أوصى بالحنطة في الجوالق لا يكـون لـه الجوالـق؛ لأن كلمة في للظرف والظـرف غيـر المظـروف فقـد تنـاول لفظـة الوصـية المظـروف وهـو الحنطـة دون الجوالـق، كمـا لـو قـال أوصيت لـك بالحنطـة التـي فـي داري والسيف مـع الجفـن والحلية بمنزلة الجراب؛ لأن السيف يتناول النصل وما يتصل به والحلية مركبة بالسيف فهي من جملته والجفن تبع للسيف؛ لأنه لا يمسك إلا مع الجفن فكان الجفن تبعا له.

ورُوي عن أبي يوسف أنه يدخل ما كان متصلا به ولا يدخل العمد فيها، وكذلك السرج ومتاعه وفي القبة يدخل العيدان دون الكسوة.

وإن أوصى بقبة مركبة دخلت اللبود فيها؛ لأن القبة اسم لما يسكن فيها وإنما

يتم مسكنا بغير ثياب والثياب إنما تجعل للزينة ولا يتم مسكنا إلا بالعيدان، ولهذا تنسب القبة إلى العيدان لا إلى الثياب فيقال فيه أبنوس وفيه من خشب كذا فلم تدخل الثياب فيها إلا إذا كانت مركبة فقد أوصى بالمسكن ولا يتم مسكنا ومنزلا إلا بالعيدان واللبود جميعًا فإنها اسم للمسكن متى كانت مركبة ولا تتهيأ السكنى لأيهما فدخلت الثياب تحت الاسم وفي الحجلة تدخل الكسوة دون العيدان؛ لأن الحجلة شيء يوضع على البعير تحمل فيها العروس ويجعل ذلك بالكسوة لا بالعيدان وهي اسم للكسوة عندهم.

ولو أوصى له بسلة زعفران يدخل الزعفران دون السلة وكذا في العسل والسمن والزيت لا يدخل الزق؛ لأن السلة والزق معيار في عرفهم كالقفيز للحبوب والأوقية للدهن وكان ذكر السلة والزق تقريرا للزعفران والعسل والسمن يسع فيه شيء مقدر فصار كأنه قال أوصيت لك ثمنًا من زعفران وبقفير من حنطة وفي المصحف الذي له غلاف لا يدخل الغلاف؛ لأنه منفصل عنه وقد يباع بدون الغلاف وعند زفر يدخل؛ لأنه تبع له.

(المنتقى): ولو أوصى بزق زيت وبزق الزيت أو بدنّ الخل أو بالدن فهو عليهما، ولو أوصى بسفينة طعام أو بالسفينة الطعام أو بالدار الدواب فهو على الطعام والدار وحده دون السفينة والدواب، والفرق أن السفينة والدار لا يكونان تبعًا وظرفًا للطعام والدابة عادة ولأتباعهما مع الدار والسفينة عرفا وعادة، فأما الدن والرق يكون ظرفًا وبيعا للزيت والخل فيدخل تحت الوصية والبيع.

ولو قال: بزق الزيت أو بسفينة الطعام وقع على الزيادة والنقصان والسفينة وحده؛ لأن ذكر الزيت والطعام لتعريف الزيادة والنقصان والسفينة لا يصلح تبعا له؛ لأنه لا يصح تبعا له، وكذلك على هذه الوجوه في زاوية الماء وقوصرة الثمر.

(باب تعليق الوصية بالشرط)

(المبسوط): ولو قال: إن كان في بطن فلانة غلام فله ألف درهم وصية، وإن كان في بطنها جارية فلها خمسمائة وصية، فكانا في بطن واحد جازت الوصيتان؛ لأنه

جعل شرط الوصيتين كونهما في البطن وقد تيقنا كونهما في البطن وقت الوصية لأنهما توأم لا يتصور علوقهما ووجودهما إلا جملة، فإذا تيقنا بوجود أحدهما عند الوصية فقد تيقنا بوجود الآخر، فإن كان ولادتهما متعاقبا فقد وجد شرط جواز الوصيتين فيجوز وصار، كما لو قال إن كان في بطنك غلام فهو حر، وإن كان في بطنك جارية فامرأته طالق فولدت غلاما وجارية في بطن واحد وقعا جميعًا.

ولو ولدت غلامين وجاريتين فللورثة تعيين أي الغلامين شاؤوا وأي الجاريتين شاؤوا إلا أن الموصي أوصى لأحد الغلامين ولإحدى الجاريتين لا يدري فيكون التعيين إلى الورثة كما لو أوصى لأحد الرجلين بأعيانهما.

ولو قال: إن كان الذي في بطنك غلاما اعتبر أن يكون كله غلاما؛ لأن كلمة كان تعمهم فقد جعل شرط جواز الوصية جميع ما في بطنها غلاما، كما لو قال إن كان الذي في بطنك غلاما فهو حر، فإن كان جارية فامرأته طالق فولدت غلاما وجارية لا يقعان.

(**الأصل**): إن الموصي متى علّق عتق مملوكه بشيء بعد موته ينظر إن علقه باستدامته بثباته على فعل مؤقت فتمكن على ذلك الفعل بعد موته ساعة عتق؛ لأنه لما مكث وثبت على ذلك الفعل ساعة فقد تحقق شرط العتق، كما لو قال لمملوكه إن مكث مع ولدي أو في هذه الدار فأنت حر فمكث ساعة عتق.

وإن علق عتقه بترك فعل غير مؤقت فقال لا أفعل بعتق؛ لأن ترك الفعل يتحقق بالامتناع عنه ساعة.

وإن علق عتقه بثباته على فعل مؤقت إلا بعتق ما لم يثبت على ذلك الفعل في ذلك الوقت؛ لأنه جعل شرط العتق الثبات على فعل مقدر فما لم يوجد الثبات على الفعل المقدر لا يتحقق الشرط.

ولو أوصى أن يعتق أمته على أن لا يتزوج ومات فقالت لا أتزوج فأعتقت فلها أن تتزوج بعد ذلك ولا تبطل وصيتها؛ لأن شرط العتق هو ترك التزويج والدوام على الترك ليس بشرط كما بينا، وكذلك لو قال هي حرة بعد موتي على أن لا يرجع عن الإسلام أو قال النصراني على أن تثبت على النصرانية فمكث ساعة تمّ الشرط.

ولو أوصى لأمته أن تقيم مع ابنه وبنته حتى يستغنيا ثم هي حرة ولا وارث له

غيرهما، فإن كانا كبيرين تخدمهما حتى تزوج البنت ويصيب الغلام خادما أو ما لا يبلغ خادما، وإن كانا صغيرين حتى يدركا؛ لأن شرط عتقهما الثبات على فعل مؤقت وهو الخدمة حتى يستغنيا فما لم توجد الخدمة إلى وقت الاستغناء لا يتحقق شرط العتق؛ لأن استغناء الكبيرين إنما يكون بالتأهل أو الأنثى بالتزوج واستغناء الصغير بالبلوغ؛ لأن الصغير لقصور رأيه ولضعف بنيته لا يستغني عن الغلام الخادم ما لم يبلغ، ولهذا بقي الحجر والنفقة إلى وقت البلوغ.

وإن مات أحدهما قبل الموت بطلت وصية الجارية؛ لأنه فات شرط العتق وهو خدمتهما إلى وقت الاستغناء.

ولو أوصى لأم ولده بألف إن لم تتزوج أبدًا أو إلى شهر فتزوجت قبل ذلك بطلت وصيتها؛ لأنه علق وصيتها بترك فعل مؤقت ولم يوجد ترك التزويج في ذلك الوقت فلم يوجد شرط الوصية.

ولو أوصى أن يعتق على أن لا يتزوج فلانا أبدًا فقبلت فأعتقت ثم تزوجت جاز ولا شيء عليها؛ لأنه ما علق الوصية بترك التزويج لكن جعل ترك التزويج عوضا عن الوصية؛ لأن كلمة على تستعمل للمعاوضة لا للشرط، فإذا قبلت ذلك بالترك يوما تستحق الوصية ويكون استحقاق الوصية بالقبول لا بترك التزويج مؤقتا.

وذكر الشيخ الإمام المعروف بجواهر زاده في شرح المبسوط: إن هذا غلط والصحيح أنها لا تعتق؛ لأنه علق العتق بترك فعل مؤقت؛ لأن كلمة على تستعمل للشرط أيضًا، كما لو قال لامرأته أنت طالق على أن تدخل الدار يتعلق بالدخول فما لم يوجد ترك الفعل في الوقت المقدر لا يوجد شرط العتق فلا تعتق كما لو أوصى أن تعتق على أن لا تتزوج شهرا.

(**المنتقى**) قول أبي يوسف لو قال: إن مت وهذان العبدان في ملكي فهما وصية لفلان فمات أحد العبدين أو باعه ثم مات الموصي والباقي في ملكه فالوصية باطلة، وكذا لو مات وهما في ملكه بخلاف ما لو قال إن مت وفلان وفلان حيان فهذا العبد وصية لهما فمات أحدهما قبل موت الموصي يعطى نصف العبد الباقي منهما والفرق أن في الأول أضاف الوصية إلى حال عدم ملكه في الموصى له وهو

ما بعد الموت؛ لأن ملكه بالموت انتقل إلى الورثة متصلا بالموت وملك الموصى به شرط لانعقاد الوصية وفي الثاني الوصية صادفت ملكه؛ لأنه أضافها إلى ملكه للحال ولكن شرط حياتهما وحياة الموصى له شرط لنفوذ الوصية لا لانعقادها، فإذا بقي أحدهما حيا فقد وجد شرط النفاذ في حقه فنفذت، ألا ترى لو قال للعبدين له إن مت وأنتما في ملكي فأنتما حران فمات أحدهما ثم مات المولى لم يعتق الآخر.

وذكر في موضع آخر في (المنتقى) عن أبي يوسف: أن الباقي للموصى له، وكذلك لو قال: إن مت وهذه الدار في ملكي فهي لفلان وصية فباع بعضها أو قال إن مت وهذا الطعام في ملكي فأكل بعضه ثم مات فالباقي للموصى له في رواية عن أبي يوسف وفي رواية عنه لا شيء للموصى له، ولو قال إن مت من مرضي هذا فعبده حر فقتل لا يعتق؛ لأنه علق الحرية بموته وبعد الموت حالة ينعدم ملكه فيه فلم يصح التعليق، ولو قال إن مت في مرضي عتق؛ لأن كلمة في إذا دخلت على الفعل وهي معه تستعمل للشرط ومتى دخلت على الاسم تستعمل للقران والحال قال الله تعالى: ﴿فَٱدۡخُلِي فِي عِبَٰدِي ٢٩﴾ [الفجر: ٢٩] أي مع عبادي وهنا دخل على الاسم وهو المرض فيكون بمنزلة كلمة مع فيصير كأنه قال أنت حر في حال مرضي وموتي وذلك قبل الموت، ولو قال ثلثي وصيته لفلان إن شاء أو لم يقل إن شاء وإن لم يشأ فلفلان فمات الموصى له قبل المشيئة فالثلث مردود على الورثة؛ لأنه لا يمكن تنفيذها لانعدام شرط نفاذها وهي مشيئة فلان، ولو قال لا أشاء ذلك فالثلث للآخر. ابن سماعة عن محمد: رجل أوصى لرجل بوصيته وقال إن لم يقبل وصيتي وردّها فهي لفلان، فإذا الموصى له الأول ميت أو كان حيا فمات قبل موت الموصي ولم يعلم بالوصية فهي للثاني كلها؛ لأنه علق الوصية للثاني بعدم قبول فلان والعدم يتحقق بموته كما يتحقق برده، ولو قال ثلث مالي وصية لفلان إن شاء فعلم بعد موته وقام من ذلك المجلس قبل أن يشاء ثم شاء فله الوصية؛ لأن قبول الوصية لا يتقيد بمجلس العلم لما تبين، ولو أوصى لرجل بوصيته إن شاء وإن أبى فهي لفلان فالقاضي يجبره على أن يشاء أو يأبى وإن لم يقل شيئًا قضى بالوصية للآخر؛ لأن الظاهر أن من أراد قبول الوصية ينطق بالقبول، فإذا سكت عنه يجعل آبيًا كما إذا سكت المدعى عليه عن جواب المدعي يجعل منكرًا فكذا هذا، ولو

قال أوصيت بهذه الألف لفلان، فإذا مات فلان دفعات لفلان فهو جائز ويدفعها إلى فلان إذا مات الأول، وكذلك لو قال أوصيت له بها شهرا ثم يدفعها إلى فلان، وكذلك الخدمة والرقبة؛ لأن هذه وصيته بالمنفعة معنى والوصية بالمنفعة مؤقتة جائزة قال أبو يوسف: لو أوصى لرجل بعبد وقال إذا مات الموصى له فهو لفلان فالوصية الأولى جائزة والعبد للأول ولا شيء للآخر؛ لأن الوصية الثانية صادفت ملك الغير فلم يصح. رجل أوصى بوصيته من ثلث ماله ثم قال اعرضوا وصيتي هذه على فلان فما رد منها فهو مردود وما أجاز فهو جائز فإن لم يعرض على فلان أو عرض ولم يجب بشيء حتى مات فالوصية جائزة وفوض رد الوصية المنفذة وإجازتها إلى فلان، فإذا فقدت المشيئة مضت الوصية على حالها، ألا ترى أن من له الخيار في البيع إذا مات مضى البيع على وجهه فكذا هذا.

ولو قال: أجيزوا هذه الوصية إن شاء فلان أو أنفذوا إن أنفذ فلان فمات فلان قبل المشيئة والتنفيذ فالوصية باطلة؛ لأنه علق الوصية بمشيئة فلان أو تنفيذها وقد فقد الشرط فلم تثبت الوصية. رجل أوصى لوارثه بثلث ماله، فإن لم يجز بقية الورثة فهو لفلان فأجازت الورثة فالثلث لفلان الآخر؛ لأن الوصية لم يجيزوها وإنما هي هبة من مال الورثة.

وإن قال: إن أجازوا وإلا فثلثي لفلان آخر وأجازوا الوصية لم يكن لفلان شيء؛ لأنه علق وصية فلان بعدم إجازتهم، فإذا أجازوا فقد انعدم الشرط فلم تثبت الوصية.

(باب ما يكون قبولًا للوصية وما يكون ردًا لها)

(المبسوط): الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع لما بينا، فيعتبر قبول الموصى له ورده بعد موت الموصي لا قبله حتى لو قبل الموصى له في حياة الموصي فله الرد بعد الموت؛ لأن القبول يشترط عند التمليك والإيجاب لا قبله كما في البيع وغيره، وكذلك لو رد في حياته وقبل بعد موته جاز.

وقال زفر: القبول ليس بشرط ولا يرتد بالرد كالميراث؛ لأن عقد الوصية عقد

استخلاف؛ لأن الموصى له يقوم مقام الموصي في ملكه بطريق الخلافة.

لنا: أن عقد الوصية عقد تمليك؛ لأنه إثبات ملك جديد للموصى له؛ لأن الملك لم يكن ثابتا له وإثبات ما ليس بثابت عليك، ولهذا لا يملك الرد بالعيب ولا يرد عليه بالعيب؛ لأنه لم يثبت؛ لأنه لم يثبت له حكم المالكية الجديدة في حق المحل، ولأنه لو ثبت الملك له خبرًا من غير قبوله يلحقه ضرر المنة فيتوقف الملك على قبوله دفعًا للضرر عنه كما في الهبة بخلاف الميراث؛ لأن الوارث يقوم مقام المورث في الملك عند استغنائه عنه من غير مباشرة سبب الملك من جهة العباد بل الموجب للملك في الميراث هو الله تعالى صلة منه لا منَّة لصلته من جهة أحد من العباد فلا يرتد بالرد.

ولو مات الموصى له بعد موت الموصي قبل القبول والرد يصير الموصى به ملكا لورثته استحسانًا؛ لأنه وجد منهم القبول دلالة ولأن الإيجاب قد صح من الموصي وعمل في إزالة ملكه وإنما توقف لزومه ونفاذه على قبول الموصى له ورده، فإذا مات تعذر منه الرد وبطلت ولاية الفسخ ولا يلحق الميت ضرر المنة فنفذت الوصية ضرورة بعذر الرد وكان نفاذ الوصية ولزومها من ضرورات تعذر الرد كالمشتري إذا مات وله الخيار يلزم العقد.

ولو رد ورثته بعد موته اختلف المشايخ فيه قيل يجوز الرد؛ لأنه صحت الوصية لوجود القبول منهم دلالة، فإذا وجد الرد منهم صريحا فتبطل الوصية وقيل لا يجوز؛ لأنه صار ميراثا للورثة عن الموصى له يصير ورثة ملكا له بالموت ولا يصح رد الميراث.

ولو أوصى بجارية ولدت من الموصى له فلم يعلم بالوصية حتى مات أجبر ورثته على قبولها، وكذلك لو أوصى به امرأته المحرمة؛ لأن الموصى به صار ملكا للموصى له في آخر جزء من أجزاء حياته وصار ميراثا لورثته من جهته والميراث لا يرتد بالرد وتعتق الجارية بموت الموصى له في آخر جزء من حياته؛ لأنه ملك أم ولده فيصير أم ولد له ويعتق بموته من جميع ماله.

ولو كان الموصى له حيا لا يعلم بالوصية غير أنه يطأها بالنكاح حتى ولدت له

أولادًا ثم علم بالوصية إن شاء قبل، وإن شاء لا، فإن قبل فهي أم ولده وأولاده أحرار إن خرجوا من ثلث مال الميت؛ لأن تملك الجارية عند القبول من وقت الموت؛ لأن الملك وقع بالوصية والوصية تمليك بعد الموت فيقع الملك له من ذلك الوقت فيظهر أن الأولاد تحت الوصية فملكهم بالقبول فعتقوا.

ولو أوصى أن يقضي عن فلان الميت دينه فقبل الوارث وأبى الديان أو قبل الديان وأبى الوارث فأيهما قبل فهو قبول للوصية.

وإن أوصى أن يقضي ابنه دينا له على أجنبي لم يجز، ولو قال: قد أوصيت إليك فقال: لا أقبل، ثم قال: قبلت له فسكت الموصي حتى مات فهذا ليس بوصي؛ لأن رد الإيصاء يصح حال حياة الموصى لما يأتي فيرتد بالرد.

ولو أوصى إلى رجل فقال الموصى له: لا أقبل، فقال له الموصي: ما كان هذا ظني بك إني إذا أوصيت إليك فلم تقبل وصيتي، فقال: قد قبلت فهو وصي؛ لأن الموصي لم يرجع عن إيجاب الوصية بل استبعد عدم القبول من الموصى له فمتى قبل فقد اتصل القبول بالإيجاب فصح.

(**الفتاوى**): رجل أوصى إلى رجلين فقتل أحدهما وسكت الآخر فقال القاتل للساكت بعد موت الموصي اشتر للميت كفنا فاشتراه فهو قبول للوصية؛ لأن إقدامه على شراء الكفن وأنه لا يصح إلا من الوصي فهو قبول منه للوصاية دلالة.

(باب الرجوع عن الوصية)

(**المبسوط**): أصله: أن الموصي يملك الرجوع في الوصية؛ لأنها تبرع ولم يتم تبرعه قبل التسليم، والرجوع صحيح صريحًا ودلالة، وهو أن يتصرف في الموصى به تصرفا يزيل ملكه أو يكون استهلاكًا من كل وجه أو من وجه؛ لأن العين التي تعلقت بها الوصية متى صارت مستهلكة من وجه لزوال الاسم وبعض المنافع لا يمكنه تنفيذ الوصية فيها فكل فعل فعله الغاصب في المغصوب ينقطع به حق المالك عنه، وإذا فعله الموصي كان رجوعا والرجوع إنما يثبت بمعانٍ: **أحدها**: الاستهلاك من وجه كما لو أوصى لرجل بثوب فقطعه وخاطه أو بقطن ثم غزله أو

حشا به حبة أو بغزل فنسجه أو بحديدة فصنع منها إناء فذلك رجوع عن الوصية؛ لأن هذه التصرفات استهلاك للموصى به من وجه، ولهذا لو فعله في ملك الغير ينقطع به حق المالك، فإذا فعله في ملك نفسه كان رجوعا.

والثاني: خلط الموصى به بغيره بحيث لا يمكن التمييز بينهما كما لو أوصى بسويق فلتّه بسمن أو بثوب فصبغه أو بساجة فبنى عليها بناء فهو رجوع؛ لأنه لا يمكن تسليم الموصى به على الانفراد وتعذر تكليف النقص فبطلت الوصية.

والثالث: بإحداث نقصان في الموصى به تخرجه عن هبة الادخار والإمساك إلى يوم الموت كما لو أوصى بشاة فذبحها؛ لأنه إنما يذبح ليصرفها إلى حاجته؛ لأن الشاة لا تذبح إلا لحاجة إليها وذلك دليل على إبطال الوصية.

والرابع: بإحداث صنعة متقومة فيه صيرت حق المالك هالكا من وجه كما لو أوصى بتبر فضة فصاغها حليا أو قلبا أو إناء؛ لأنه لا يمكن فصل الصنعة المتقومة عن العين وتمييزها فجعل إحداثها رجوعا عنها، ولهذا ينقطع بها حق الواهب في الرجوع وحق المالك عن المغصوب.

ولو أوصى بدار فجصصها لم يكن رجوعا؛ لأن التجصيص هو تبييض الجدار بماء الجص وتمويهها من غير أن يتصل بها عين الجص فكان كتبييض الثوب بالغسل، ولهذا لو فعل ذلك الغاصب لا ينقطع حق المالك حتى إذا اتصل به عين الجص يكون رجوعا كما لو كان ثوبا فصبغه، ولو هدمها لم يكن رجوعا؛ لأنه أحدث فيها مجرد النقصان لا يخرجنه عن هبة الادخار والبقاء فصار كما لو كان الموصى به ثوبا فقطعه ولم يخطه ولا كذلك ذبح الشاة؛ لأنه أخرجه عن هبة الادخار والبقاء وجعلها من جملة ما يتسارع إليها الفساد.

والخامس: أن يتصرف فيه تصرفا يزيل ملكه كالبيع والهبة حتى لو أوصى بعبد ثم باعه ثم اشتراه فهو رجوع.

ولو أوصى بمائة ثم وهبها لرجل ثم رجع فيها بطلت الوصية؛ لأن إخراجه عن ملكه دلالة إرادة إبطال تصرفه ولأنه طرأ عقد بات نافذًا على عقد موقوف فأبطل الموقوف كبيع الفضولي إذا طرأ عليه بيع المالك بطل الموقوف.

ولو غصبها رجل ثم ردّها بعينها لم تبطل الوصية إلا أن يأخذ مثلها؛ لأن عين الموصى به قائمة على حالها فبقيت الوصية إلا إذا استهلكها الغاصب فضمن مثلها فقد هلك الموصى به.

ولو أوصى بعبد لرجل يخرج من الثلث ثم أوصى به لآخر فهو بينهما؛ لأن الإيصاء عقد استخلاف في الملك كالوراثة وكان استخلاف الثاني اشتراكا للأول والاشتراك تقرير الأول يعتبره كما لو أقر بوارث ثم أقر بوارث آخر يبقى الأول وارثا.

ولو قال: العبد الذي أوصيت به لفلان هو لفلان أو فقد أوصيت به لفلان فهو رجوع وكل العبد للثاني؛ لأن اللفظ يدل على قطع الاشتراك وإثبات التخصيص للثاني؛ لأن حرف هو كناية عن كل العبد فقد أخص الثاني بكل العبد وقد يذكر للتأكيد يقول أصلحت ما قد أفسدت وأرضيت من قد أسخطت فصار كأنه قال أوصيت للثاني ما قد أوصيت للأول فكان تخصيصا للثاني لا اشتراكا.

ولو قال: وقد أوصيت به للثاني كان بينهما؛ لأن الواو في اللغة لاشتراك المعطوف بالمعطوف عليه في خبره، كما لو قال هذا العبد حر وهذا يعتق الثاني فصار كأنه قال أشركت الثاني في وصية الأول.

ولو أوصى ثم أشهد أنه لم يوص لا يكون رجوعًا على رواية الجامع وعلى رواية المبسوط الإنكار رجوع.

وقيل: ما ذُكر في (**المبسوط**): قول أبي يوسف، وما ذُكر في (**الجامع**): قول محمد، وهكذا روى المعلى عنهما هذا الخلاف، وعلى هذا جحود الوكيل الموكل الوكالة وجحود أحد الشريكين الشركة وجحود المودع الوديعة وجحود المتبايعين والمستأجرين فعلى الروايتين على رواية الجامع لا يكون فسخًا وعلى رواية المبسوط يكون فسخًا. وجه رواية الجامع أن الجحود كذب حقيقة، فإنه قال لم أوص وقد أوصى ويحتمل الفسخ فجاز لأنهما يتفقان في المعنى الخاص؛ لأن الفسخ رفع العقد من الأصل والجحود بقي العقد من الأصل وبينهما مشابهة في العدم ولما احتمل الجحود الكذب والفسخ، فإن أراد الكذب لا يكون رجوعًا، وإن أراد الفسخ يكون رجوعًا ولا يثبت الرجوع بالشك.

وجه رواية (**المبسوط**) وهي الأصح: أن الجحود لما احتمل الكذب والفسخ وجب أن يجعل فسخًا لا كذبًا صونًا لكلام العاقل عن الكذب والفساد وحملًا لأمره على الصحة والسداد لقوله عليه السلام: "**لا تظنن بكلمة خرجت من أخيك شرًا وأنت تجد لها في الخير محملا**"(١) فتجعل جحود الموصي فسخًا منه؛ لأنه مما ينفرد بالفسخ.

ولو قيل له: أوصيت بعبدك فلانا لهذا، فقال: لا ولكن أوصيت بأمتي فلانة، يكون موصيا بالأمة لا بالعبد؛ لأنه لما جحد وصية العبد فقد رجع عنها وأوصى بالأمة ولكن كلمة لكن لاستدراك الغلط والرجوع عن الأول ككلمة لا بل.

ولو قال: أوصيت بعبدي لفلان، لا بل أوصيت له بأمتي، كان موصيًا بالأمة لا غير.

(**المنتقى**): ولو أوصى بوصية ثم عرضت عليه من الغد فقال: لا أعرف هذه الوصية أو تركها فهو رجوع.

وقال محمد: قوله: لا أعرفها ليس برجوع وهذا جحود للوصية وجحود الوصية هل يكون رجوعا فعلى الروايتين اللتين ذكرناهما.

ولو قال الموصي: قد أخرت الوصية فليس برجوع، ولو قال: تركتها فهو رجوع، كما لو قال لمديونه: تركت لك دينك، كان تركًا.

ولو قال: قد أخرت ما عليك، لم يكن تركًا.

ولو أوصى بثلث ماله لرجل ثم قال: جميع مالي بينك وبيني لورثتي يكون؛ لأنه متى كان جميع ماله لورثته لا يكون بعضه للموصى له.

قال أبو يوسف: لو أوصى لرجلين لكل واحد بوصية ثم رجع عن إحدى الوصيتين ولم يبين أيهما تلك حتى مات فللورثة أن يبطل أيهما شاء وتمضي الأخرى، فإن كان الوارث صغيرا فإلى الوصي، فإن لم يكن له وصي فالحاكم.

ولو أوصى بأرض ثم حفرها كرما فهذا رجوع، وإن زرع فيها آسًا فهو رجوع؛ لأن الآس شجر، فإن زرعها رطبة فليس برجوع؛ لأن حفر الكرم وعرش الأشجار

---

(١) أخرجه ابن عساكر (٣٦٠/٤٤).

للاستدامة والاستقرار فيها، ولهذا لو فعل في ملك الغير ينقطع به حق المالك، وأما الزرع لا يكون للاستدامة والاستقرار، ولو أوصى لرجل بدار ثم انكسر بعض أبوابها فعلق عليه بابا سواه أو رم منها شيئًا ينظر إن كان شيئًا يسيرًا فليس برجوع، وإن بنى فيها بيتا فهو رجوع؛ لأنه لو فعله في ملك الغير ينقطع به حق المالك، ولو أوصى أن يعتق نصف عبده ثم قال فذا وصيت بنفسه لفلان فهذا رجوع؛ لأن العتق إزالة الملك والوصية إثبات الملك فكانا في طرفي نقيض، ولو أوصى بأن توهب من فلان ثم أوصى بأن يباع من فلان أو قدم البيع وآخر الهبة فليس برجوع؛ لأن كلاهما عليك ولا مضادة بين التمليكين، ولو قال أعتقوا جاريتي هذه ثم قال ما في بطنها وصية لفلان فهذا رجوع عن العتق. قال محمد: كل وصيتين لا تجتمعان في شيء فالأخيرة رجوع عن الأولى كما إذا أوصى بعتق جارية ثم أوصى بها لرجل أو أوصى بما في بطنها لرجل وهي حامل فهذا رجوع في العتق؛ لأن بين الإثبات والإزالة مضادة، فإذا تحقق الأخيرة انتفت الأولى ضرورة، ولو قال أوصيت بما في بطنها لفلان ثم قال أعتقوا هذه الأمة عني لم يكن رجوعا عن الوصية بالولد؛ لأنه لو قال أعتقوا هذه عني ثم قال قد أوصيت بما في بطنها لفلان لم يكن ذلك رجوعا منه في الوصية بعتقها، فإن ولدت بعد موته قبل أن يعتق فالولد للموصى له، وإن أعتقت قبل أن تضع عتق بعتقها ولا يضمن الوصي فيه؛ لأنه أنفذ ما قال الميت؛ لأن الميت كأنه قال: إذا مت، فإن شئتم فأعتقوها قبل أن تضع وإن شئتم فأعتقوها بعدما تضع. لو قال أوصيت لفلان بألف درهم غلة ثم قال أوصيت له بألف وصح أو أوصيت له بكر تمر دفل ثم قال أوصيت بكرّ من ثمر بستاني كان له الأجود من ذلك؛ لأن الوصية بالأجود والأكثر يكون رجوعا عن الوصية بالأرذل والأدون دلالة، ولو قال أوصيت له بألف درهم من هذا الكيس ثم قال أوصيت له بألف درهم من هذا الكيس الآخر أو بكرٍّ من ثمر هذا البستان أو الأكرار من هذا كان وصية منهما جميعًا؛ لأنه لما عين كل واحد منهما وأشار إليه فقد أوصى بكل واحد منهما على حدة وإذا أبهم الأولى ولم يعلن كانت الوصية الثانية إعادة للأولى وإدخال زيادة الوصف فيها؛ لأن المبهم والمنكر يحتمل الإعادة والتكرار فلا تثبت الوصية الثانية بالشك والاحتمال.

ولو قال: أوصيت لفلان بألف درهم ثم قال أشركت هذا معه فلم يقبل المشرك الوصية فللأول خمسمائة؛ لأن إشراك الثاني مع الأول رجوع منه عن الوصية الأولى بخمسمائة.

(**الجامع**) ولو قال: كل وصية أوصيت بها لفلان فهي باطلة أو قال فهي لفلان كان رجوعا؛ لأنه وصف الوصية بالبطلان ولا يصح هذا الوصف إلا بالرجوع والفسخ فاقتضى هذا فسخ الوصية وإبطالها وقوله فهي لفلان يكون نقلًا وتحويلا لتلك الوصية إلى فلان ولا يصح النقل والتحويل إلا بعد فسخ الوصية للأول.

ولو قال: فهي حرام؛ لأن يكون رجوعا؛ لأن الوصية قد توصف بكونها حراما وحلالا مع قيامها ولا يوصف بكونها باطلة إلا بعد انفساخها.

ولو قال: فهي لِعقب فلان لا يكون رجوعا حتى يموت فلان وترك عَقِبًا؛ لأن الوصية صحيحة لعقب فلان، فإن لم يكن العقب موجودا يوم الوصية كما لو أوصى لولد فلان وليس له ولد يوم الوصية وجدت له ولد يوم موت الموصي صحت الوصية فكذا هذا ومتى صحت الوصية لعقب فلان صح الرجوع عن الوصية الأولى واسم العقب لا يتحقق ولا يطلق إلا بعد موت فلان.

(باب الرجوع عن بعض الوصية)

(**المبسوط**): ولو قال: أوصيت بهذه الألف لفلان، فقد أوصيت لفلان منها بمائة، فليس هذا برجوع، والمائة بينهما نصفان وتسعمائة للأول؛ لأن عطف الوصية الثانية على الأولى في المائة والعطف يقتضي الاشتراك مع المعطوف عليه فيما عطف وإنما عطف في المائة فيوجب الاشتراك بينهما في المائة.

ولو قال: قد أوصيت لفلان وفلان بألف إلا مائة لأحدهما فالمائة لهذا والتسعمائة للأول منهما، وكذلك هذا في الإقرار، وقد مرت في الإقرار.

ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم قال قد أوصيت لفلان ما أحب قال أضرب له بما أحب من ثلثه، فإن أحب الثلث كله كان الثلث بينهما نصفين، وإن أحب كله إلا درهما ضرب له بالثلث إلا درهما؛ لأنه فوض إلى الأول إرادة الوصية للثاني في

إرادة الأول وأحبه يكون للثاني إلا إذا أراد كله يكون الثلث بينهما كما لو أوصى بالثلث لهذا يكون الثلث بينهما نصفين لما يأتي فكذا هذا.

ولو قال: قد أوصيت لفلان وفلان بألف يعطي منها فلان مائة وفلان مائتين، قال: أعطي لهما ما يسمى لهما وأرد البقية على الورثة وإذا سمى لأحدهما جعلتُ الباقي للآخر؛ لأن الوصية بألف وقعت لهما، فإذا سمى لأحدهما مالًا مقدرا بقي الباقي للآخر وإذا سمى لكل واحد منهما شيئًا مقدرا فقد رجع عما زاد على المسمى فتكون الزيادة للورثة.

ولو قال: ثلث مالي لفلان وفلان لفلان من ذلك مائة وثلث ماله سبعون درهما فالثلث كله لمن سميت له المائة لوصيته مقيدة مقدرة بمائة وهي مقدمة على وصية مرسلة؛ لأنه جعل الفاضل عن الوصية المقدرة للآخر ولم يوجد الفضل.

قال أبو يوسف: لو أوصى لرجلين بألف لفلان منها مائة ولم يبين كم للآخر لفلان مائة وللآخر خمسمائة ويرجع أربعمائة إلى الورثة، ولو كان الثلث أقل من ألف ضرب فيه صاحب المائة بمائة والآخر بخمسمائة؛ لأن الوصية بالألف وقعت لهما فيكون لكل واحد منهما نصفها ثم لما قدر لأحدهما بمائة فقد رجع عن وصيته في أربعمائة فتبقى خمسمائة للآخر.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان ولفلان، لفلان من ذلك ألف درهم وكان الثلث ألفًا أو أقل فالموصى له بألف يضرب بألف ويضرب الآخر بنصف الثلث وليس هذا لقوله: أوصيت لهذين بألف لهذا منها ستمائة؛ لأن وصيتهما وقعت مقيدة بألف فمتى قدر وصية أحدهما بستمائة فقد رجع في مائة وتبقى وصية الآخر تنافي الألف أربعمائة وفي الأول وقعت وصيتهما مرسلة في الثلث فمتى قدر وصية بألف بقيت وصية الآخر بنصف الثلث فضرب كل واحد منهما بقدر حقه في الثلث.

(**الجامع**) مسائله على فصلين:

أحدهما: في الرجوع عن الوصية لواحد.

والثاني: في الرجوع عن الوصية لاثنين.

(فصل)

لـو قـال: أوصيت بثلث مالي لفلان وفلان وفلان لفلان خمسون ولفلان مائة وماله ثلاثمائة فالثلث بين اللذين سمى لهما قدرا أثلاثًا ولا شيء للآخر؛ لأنه لما سمى لهما قدرا وسكت عن بيان نصيب الثالث كان هذا بيانا دلالة أن الباقي من الثلث بعد نصيبهما كان للثالث كما في قوله تعالى: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ لما بين للأم نصيبًا مقدسًا وهو الثلث كان بيانًا أن الباقي للأب، وكذلك في قوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ [النساء: ١١] كان بيانا دلالة أن الباقي للإخوة فكذلك في الوصية لأنها أخت الميراث وقد أوصى لأحدهما بمائة وللآخرين بخمسين وفي الثلث تضايق فيضرب كل واحد بقدر حقه ولم يبق شيء من الثلث بعد نصيبهما فلا شيء للثالث، ولو كان الثلث ثلاثمائة فالمائة والخمسون الباقية للذي لم يسم له قدرا؛ لأنه أوصى له بما بقي من الثلث بعد نصيبهما.

ولو قال: ثلث مالي لفلان وفلان، لفلان مائة ولفلان خمسون والثلث ثلاثمائة فلكل واحد ما سمى له والباقي بينهما نصفان؛ لأنه أضاف الثلث إليهما سواء فيكون لكل واحد منهما بحكم هذه الإضافة نصف الثلث؛ لأن الكلام للأول يوجب التسوية بينهما إلا أنه فضل أحدهما على الآخر في بعض الثلث بحكم الكلام الثاني؛ لأنه يوجب التفاضل بينهما فقد رجع عما سمى لا فيما بقي فبقي الفاضل عن قدر المسمى بينهما بالسوية، ولو قال لأنه رجع عما سمى ولم يرجع عما بقي أشار إلى التفصيل فيما سمى لا فيما بقي نظيره ولو قال هذه الألف لفلان وفلان لفلان منها أربعمائة ولفلان منها ثلاثمائة موصولا كان الباقي من الألف وهو ثلاثمائة مقسوما بينهما نصفين فكذا هذا.

ولو قال: ثلث مالي لعبد الله وزيد وعمرو ولعمرو منه مائة والثلث كله مائة فهي لعمرو لأنه أضاف الثلث إليهم سواء، ثم بيَّن نصيب عمرو لا غير فكان هذا بيانا من الموصي دلالة أن الباقي لزيد وعبد الله والثابت دلالة كالثابت صريحا، فإن كان الثلث مائة وخمسين فلعمرو مائة وما بقي بين زيد وعبد الله نصفان؛ لأنه أوصى لهما بما بقي من نصيب عمرو وقد تساويا في سبب الاستحقاق وهو الكلام الأول فتساويا في الاستحقاق.

(فصل)

ولو أوصى لهذه الألف لفلان وفلان لفلان منها مائة فهو كما قال لفلان مائة وله تسعمائة، فإن هلك بعضها فالباقي بينهما على عشرة؛ لأن الموصي بالكلام الأول أثبت الشركة بينهما في الألف؛ لأنه أضاف الوصية إليهما على السوية بدليل أنه لو اقتصر عليه كانت الألف بينهما مناصفة فلما قال لفلان منها مائة فقد رجع عن بعض ما أوجبه بالكلام الأول وموصيا له بمائة فتقررت الوصية لهما على عشرة فما هلك يهلك على الشركة وما بقي يبقى على الشركة.

ولو أوصى لثالث بألف أخرى وثلث ماله ألف كان نصف الألف للثالث ونصفها للأوليين على عشرة لأنه أوصى للفرد بألف بوصية مفردة ولهما بألف بوصية على حدة فكانت الوصية للمفرد مثل وصيتهما فكان حقه مثل حقيهما.

ولو قال: هذه الألف لفلان منها مائة لفلان ولفلان ما بقي كان للأول مائة، فإن هلكت الألف إلا مائة فهي للأول وليس للثاني إلا ما بقي بعد المائة؛ لأن الموصي لم يشرك بينهما في الألف بل أوصى لكل واحد منهما بوصية على حدة أوصى للأول بمائة من الألف وللآخر بما بقي بعد المائة ولم يبق بعد المائة شيء.

ولو أوصى مع ذلك لرجل بألف وثلاثة ألف فليس للأوسط شيء والألف بين الآخرين على أحد عشر سهما عشرة لصاحب الألف وسهم لصاحب المائة؛ لأن الأوسط موصى له بما بقي من الألف بعد الوصايا المسماة المقدرة ولم يبق من الثلث شيء بعد الوصايات المقدرة، فإن الألف الواحدة لا تفي بألف ومائة فبطلت الوصية بالبقية فكان بمنزلة العصبة إذا لم يبق من أصحاب الفرائض شيء لا يكون له شيء.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان وفلان، لفلان منه مائة وثلث ماله ألف ويوم القسمة خمسمائة كان للموصى له بالمائة مائة كاملة وللآخر ما بقي بخلاف ما لو قال أوصيت بألف لفلان وفلان لفلان، منها مائة وهلك خمسمائة يقسم الباقي بينهما أعشارا والفرق أن ثمة وصيتهما مضافة إلى مال معلوم مقدر وهي الألف المعينة أو المرسلة فصارت الألف مشتركة بينهما على أعشارها وهنا الوصية مضافة إلى ثلث

مال مرسل والوصية بثلث مال مرسل ينصف إلى ثلث مال يكون للموصى يوم القسمة لا إلى ثلث مال يكون له يوم الوصية حتى لو هلك ماله واستفاد مالًا آخر كان له ثلث ماله المستفاد وثلث ماله يوم القسمة مجهول للحال؛ لأنه قد يزداد على الألف وقد ينتقص فكانت الوصية موقوفة إلى يوم القسمة، فإذا كان ثلث ماله يوم القسمة خمسمائة ظهر أن ذكر المائة عبارة عن الخمس وما بقي عبارة عن أربعة أخماس الثلث فيقسم بينهما أخماسا، ولو أوصى مع ذلك لآخر بثلث ماله والثلث ألف ولم ينتقص فنصف الثلث للآخر ونصفه للأولين على عشرة واحد لصاحب المائة وتسعة للآخر؛ لأن الموصي جمع بين الأولين في قضية واحدة وأفرد الثالث بوصية على حدة وكان حق الموصى له المفرد مثل حقيهما، ولو قال: أوصيت لفلان بمائة من ثلث مالي ولفلان بما بقي وأوصيت لفلان بألف والمسألة بحالها فليس لصاحب الباقي شيء والثلث بين الأول والثالث على أحد عشر؛ لأنه موصى له بما بقي من ثلث ماله يوم القسمة ولم يبق من ثلث ماله بعد الوصيتين شيء بل ضاق الثلث عنهما، فإن الثلث الواحد لا يسع لثلث ومائة.

وإذا كان لرجل ثلاثة آلاف كل ألف في كيس بعينه فقال لرجل أوصيت لك بما بقي من هذه فله الألف كلها وصية وهي مؤخرة عن سائر الوصايا حتى لو أوصى بألف أخرى ولآخر لم يكن للأول شيء؛ لأن ما بقي قد يذكر ويراد به الكل كما في المواريث قال عليه السلام: "**ما أبقت الْفَرَائِضُ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ**[1] **ذَكَرٍ**"[2] فمعناه

---

(١) قَالَ الْعُلَمَاء: الْمُرَاد بِـ(أَوْلَى رَجُل): أَقْرَب رَجُل، مَأخُوذ مِن الْوَلْي بِإِسْكَانِ اللَّام عَلَى وَزْن الرَّمْي، وَهُوَ الْقُرْب، وَلَيْسَ الْمُرَاد بِأَوْلَى هُنَا أَحَقَّ، بِخِلَافِ قَوْلهمْ: الرَّجُل أَوْلَى بِمَالِهِ؛ لِأَنَّهُ لَوْ حُمِلَ هُنَا عَلَى (أَحَقَّ) لَخَلَى عَنَ الْفَائِدَة لِأَنَّا لَا نَدْرِي مَنْ هُوَ الْأَحَقّ. شرح النووي على مسلم (ج ٥/ ص٤٩٧).

(٢) أخرجه «البخاري» ١٥٠/٨ (٦٧٣٢) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥١/٨ (٦٧٣٥) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥٢/٨ (٦٧٣٧) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥٣/٨ (٦٧٤٦) قال: حدثنا أمية بن بسطام، قال: حدثنا يزيد بن زريع، عن روح. و«مسلم» ٥٩/٥ (٤١٤٨) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد، وهو النرسي، قال: حدثنا وهيب. وفي (٤١٤٩) قال: حدثنا أمية بن =

لأولى رجل ذكر إن كان معه صاحب فرض، وإن لم يكن فله الكل فكذا في الوصية صار كأنه قال: أوصيت لك بما بقي من هذه الألف إن كان معك وصية أخرى وإن لم يكن فلك كل الألف؛ لأن الوصية أخت الميراث[1].

ولو قال: أوصيت بهذه الألف لفلان وفلان لفلان تسعمائة ولفلان ستمائة قسمت الألف بينهما على ثلاثة عشر؛ لأنه لما بين حصة كل واحد منهما والألف الواحدة لا تتسع لهما علم أنه أراد بذلك أن يضرب أحدهما بسبعة والآخر بستة كما في الموارث.

وإن قال: أوصيت بهذه الألف لفلان وفلان، لفلان منها ألف كانت كلها لهذا

=

بسطام العيشي، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. وفي (٤١٥٠) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، ومحمد بن رافع، وعبد بن حميد، واللفظ لابن رافع، قال: إسحاق: حدثنا، وقال الآخران: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي ٦٠/٥ (٤١٥١) قال: وحدثنيه محمد بن العلاء، أبو كريب الهمداني، قال: حدثنا زيد بن حباب، عن يحيى بن أيوب. و«ابن ماجه» (٢٧٤٠) قال: حدثنا العباس بن عبد العظيم العنبري، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«أبو داود» (٢٨٩٨) قال: حدثنا أحمد بن صالح، ومخلد بن خالد، وهذا حديث مخلد، وهو أشبع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. و«الترمذي» (٢٠٩٨) قال: حدثنا عبد الله بن عبد الرحمن، قال: أخبرنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. وفي (٢٠٩٨م) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر. و«النسائي» في «الكبرى» (٦٢٩٧) قال: أخبرنا محمد بن معمر البحراني، قال: حدثنا حبان، يعني ابن هلال، قال: حدثنا وهيب، يعني ابن خالد. و«أبو يعلى» (٢٣٧١) قال: حدثنا إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. و«ابن حبان» (٦٠٢٨) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن المنهال الضرير، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. وفي (٦٠٢٩) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر. وفي (٦٠٣٠) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا أبو معمر القطيعي، إسماعيل بن إبراهيم، عن محمد بن حميد المعمري، عن معمر.

أربعتهم: (معمر بن راشد، ووهيب بن خالد، وروح بن القاسم، ويحيى بن أيوب) عن عبد الله بن طاووس، عن أبيه، فذكره.

(١) انظر: الفناري على السراجية ٨٩ وما بعدها.

الأخير، ولو قال: لفلان منها ألف ولفلان ألف ولفلان ألف كانت بينهما؛ لأنه متى بين نصيب كل واحد منهما بألف والألف الواحدة لا تسع الألفين علم أنه أراد بما قال الضرب لا الأجزاء، فإذا وجب حمل الكلام الثاني على الضرب لا على الأجزاء لم يتضمن رجوعا وإذا تبين نصيب أحدهما بألف لا غير فهو يتحقق من الألف أجزاء علم أنه أراد بذلك الأجزاء لا الضرب فيتضمن رجوعًا عن الوصية للأول؛ لأن الألف كلها متى صارت مستغرقة نحو صاحب المسمى بألف لا يبقى للآخر شيء.

(باب الوصية بجزء من ماله أو نصيب أو سهم)

(المبسوط): وإن أوصى بجزء من ماله أو نصيب أو بعض أو شقص يعطيه الورثة ما شاؤوا؛ لأنه اسم لشيء مجهول، وإن أوصى بسهم من ماله فله مثل أخس الأنصباء يزاد على الفريضة ما لم يزد على السدس عند أبي حنيفة.

وعندهما: ما لم يزد على الثلث.

وذكر في (الجامع الصغير): لم يجز النقصان عن السدس وعلى رواية الوصايا يجوز النقصان عن السدس عنده.

وقال الشافعي: يعطيه الورثة ما شاؤوا.

صورته: لو مات الموصي وترك امرأة وابنًا فللموصى له أخسَّ سهام الورثة وهو الثمن على رواية الوصايا فيزاد على ثمانية أسهم فيعطى له تسع المال وعلى رواية الجامع الصغير له السدس.

ولو مات وترك امرأة وأخا لأب وأم أو لأب فعنده للموصى له السدس؛ لأنه أخس سهام الربع وهو لا يجوِّز الزيادة على السدس وعندهما له الربع وهو خمس المال.

ولو مات وترك المال ابنين فله السدس عنده وعندهما له ثلث جميع المال، وإن ترك ثلاثة بنين فله سدس جميع المال عنده وعندهما له ربعه حتى يكون نصيبه مثل نصيب أحد البنين لأنا لو أعطينا له ثلث جميع المال يبقى سهمان بين ثلاثة بنين فيصير حق الموصى له زائدا على حق البنين فهذا لا يجوز.

لهما: أن السهم اسم لما يستحقه الورثة؛ لأنه هو المعروف والمعهود بين الناس فأما اختصاص السهم بالسدس غير ثابت في العرف والعادة والعبرة للعرف والعادة لا تغير المعتاد وأقل السهام متيقن وما زاد عليه مشكوك فيه فثبت له المتيقن إلا أن يزيد أقل الأنصباء على الثلث فتعذر تقيد الوصية في الزيادة بدون إجازة الورثة.

له: ما رُوي عن ابن مسعود أنه قال: إن رجلًا أوصى بسهم من ماله فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ذلك بالسدس[1]. فهو مذهب ابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهما، ثم على رواية الوصايا يعطي له أيهما أقل أخس سهام الورثة أو السدس؛ لأن السهم محتمل الأمرين والأقل متيقن والزيادة محتملة فثبت المتيقن وعلى رواية (**الجامع الصغير**) لا ينقص عن السدس اعتبارًا للمنصوص عليه.

ولو أوصى لرجل بالثلث إلا شيئًا أو إلا قليلًا كان له نصف الثلث وبيان الزيادة عليه إلى الورثة؛ لأن الشيء يراد به في مثل هذا القليل يقال كُلْ شيئًا من هذا الطعام ويراد به القليل فكانت هذه وصية بأكثر من نصف الثلث والنصف متيقن والزيادة عليه مجهولة فيكون البيان فيها إلى الورثة، وإن قال: بزهاء هذه الألف أو عظمها أو عامتها أو جلها فله النصف منها وبيان الزيادة إلى الورثة يعطونه ما أرادوا من الزيادة على النصف ويلزمهم البيان وهذا إذا كانت الألف تخرج من الثلث.

(**المنتقى**): ولو أوصى لرجل بسهم من ماله ثم مات ولا وارث له فله النصف؛ لأن بيت المال بمنزلة الابن فصار كأنه له ابنان فيكون المال بينهما نصفين.

قال أبو يوسف: رجل أوصى لعبده بجزء أو بنصيب من ماله لا يعتق، ولو كان هذا للأجنبي أعطاه الورثة ما شاؤوا، ولو أوصى لعبده بسهم من ماله عتق؛ لأن السهم عبارة عن السدس أو عن أخس سهام الورثة فيكون معلوما فقد ملك شيئًا من نفسه فعتق والجزء والنصيب اسم لشيء مجهول يتناول القليل والكثير فلا يمكن تنفيذ الوصية فيه إلا بإعطاء الورثة وتعيينهم فلم يملك بالوصية شيئًا من نفسه.

---

(١) انظر: الاختِيَار ٥/٦٣ - ٦٤، والإنصاف ٧/١٩٥ - ١٩٦، والزرقاني ٨/١٦٩، ومغني المُحْتَاج ٣/٤٧.

(باب الوصية بعد الوصية)

(الجامع الصغير): ولو أوصى لرجل بمائة ولآخر بمائة ثم قال لثالث: قد أشركتك فيما أوصيت لهما، فله من كل مائة ثلثها؛ لأن مطلق الشركة يقتضي التسوية وذلك فيما قلناه.

ولو أوصى لرجل بأربعمائة ولآخر بمائة ثم قال لثالث: قد أشركتك معهما فله من كل مائة نصفها؛ لأن هنا تعذر اعتبار التسوية بينهم على اعتبار الاجتماع لتفاوت وصيتهما في المقدار فوجب اعتبار التسوية بينهم على طريق الانفراد فشركناه في الوصية كل واحد منهما بالتسوية في المقدار بخلاف الأول؛ لأنه أمكن اعتبار التسوية بينهم على الجملة والاجتماع فاعتبرناها.

ولو أوصى لكل واحد بجارية وقيمتهما سواء ثم قال لثالث: قد أشركتك معهما فعندهما له الثلث من كل واحدة منهما؛ لأنه أمكن اعتبار التسوية بينهما على طريق الاجتماع بطريق القيمة لاستوائهما في القيمة فيعطي له من كل واحدة ثلثها لتقع التسوية بينهم على الجملة، وعند أبي حنيفة له النصف بين كل واحدة؛ لأنه لا يمكن اعتبار التسوية بينهم على الاجتماع؛ لأن الجواري مختلفة متفاوتة، وإن كانت قيمتهم متساوية لتفاوتهن في المعاني المخفية غير مستدركة، ولهذا لا يجوز السلم في الحيوان فاعتبرنا التسوية بينهم على الانفراد في كل جارية على حدة فشركنا في كل وصية كل واحد منهما.

ولو قال: سدس مالي لفلان ثم قال ذلك ثانيا فله سدس واحد؛ لأنه ذكر السدس معرفا بالإضافة مرتين والمعرفة إذا كررت كان الثاني عين الأول لا غيره قال الله تعالى: ﴿فَإِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝٥ إِنَّ مَعَ ٱلْعُسْرِ يُسْرًا ۝٦﴾ [الشرح: ٥، ٦] فالعسر الثاني هو العسر الأول وهو المعهود والمتعارف في موضع الإشهاد وإن قال ثانيا له ثلث مالي فله الثلث؛ لأن الثلث يتضمن السدس ويندرج فيه.

(المنتقى): رجل أوصى لرجل بمائة درهم ثم أوصى له بثلث ماله ما كان سوى الدراهم من التركة فللموصى له الثلث من ذلك؛ لأنه لما أوصى بالدراهم أولا علم

أنه أراد بالوصية الثانية الثلث مما سوى الدراهم.

ولو أوصى لرجل بمائة درهم ثم أوصى له ولآخر بألف درهم فلهذا خمسمائة وتدخل المائة فيها؛ لأن كلتا الوصيتين خصتا نوع مال واحد وهو الدراهم فيدخل الأقل في الأكثر كما لو أوصى به بمائة ثم أوصى له بألف فله الألف لا غير وفي الأول الوصية الأولى خصت الدراهم فتقيدت بها والثانية مرسلة مطلقة فانصرفت إلى ما سواها من الأموال.

ولو أوصى لرجل بعبد وأوصى بأن يباع العبد فيعطى ثمنه فلانا، قال أبو يوسف: نصف رقبة العبد للأول ويباع نصفه فيعطى ثمنه الموصى له الثاني أرأيت لو قال: بيعوه ولم يوص بثمنه لأحد لا يكون هذا رجوعا عن الوصية الأولى وهذا الأمر باطل لا يباع فكذا هذا؛ لأنه جمع بين وصيتين إحداهما بالرقبة والأخرى بثمنها وأمكن استيفاؤهما.

ولو أوصى لرجل بثلث ماله وترك ستة دراهم وأوصى لآخر بدرهم أسود من الستة فعلى قياس قول أبي حنيفة الثلث وذلك درهمان بينهما على ستة عشر خمسة للموصى له بالدرهم والباقي للموصى له بالثلث؛ لأنه يجعل كل درهم ستة أجزاء فصار كلاهما ستة عشر فقد أوصى لصاحب الدرهم بثلثي درهم خاصة ولم يشركه فيه الآخر وذلك أربعة أجزاء بقي ثلاثة وذلك جزء وإن اجتمع فيهما وصيتان؛ لأن صاحب الثلث موصى له بكل الثلث وصاحب الدرهم يوصى له بدرهم كامل فيكون بينهما نصفان فصار للموصى له بالدرهم خمسة أجزاء من الدرهم الأسود وواحد منه للموصى له بالثلث وله أيضًا من كل درهم من البيض ثلاثة وذلك جزءان فيكون مجموع ذلك أحد عشر جزءًا وللموصى له بالدراهم خمسة فصار الثلث بينهما على ستة عشر وإن شئت أخذتها من ثمانية وأربعين فاجعل كل درهم ثمانية فصار كل ثمانية وأربعين ثلث ذلك ستة عشر فيقسم الثلث على نحو ما ذكرنا.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي بخراسان لعبد الله وله بخراسان ثلاثة آلاف درهم ثم قال أوصيت لعبد الله ولفلان بثلث مالي وله بالعراق ثلاثة آلاف أيضًا فلعبد الله

ثلث ماله بخراسان وذلك ألف ونصف ثلث ماله بالعراق وذلك خمسمائة ولفلان نصف الثلث من ماله كله وذلك ألف فيقسم ثلث جميع ماله وذلك ألفان بينهما على خمسة أسهم لعبد الله ثلاثة أخماسه ولفلان خمساه.

ولو كان له ثلاثة أعبد بخراسان وثلاثة أعبد بالعراق قيمة كل واحد ستمائة فثلاثة أخماس الثلث لعبد الله ثلثا ذلك في العبيد الخراسانية وثلث في العبيد العراقية ولفلان خمسا الثلث في كل فريق نصفه. رجل له كيسان في كل واحد منهما مائة وخمسون درهما وأوصى لرجل بثلث ما في هذا الكيس وأوصى لآخر بثلث ما في هذا الكيس فضاع من أحد الكيسين مائة ومن الآخر خمسون فالثلث بينهما نصفان؛ لأن وصية كل واحد منهما معتبر من ثلث جميع المال من ثلث كل كيس بعينه؛ لأن تقييد الوصية ثم بثلث هذا الكيس لا يفيد فصار كأنه أوصى لكل واحد ثلث هذه الدراهم.

ولو أوصى بثلثين من هذا الغنم لرجل وهي مائة فضاعت الغنم إلا ثلثين أو أوصى له بثلث هذه الدار فاستحق ثلثاها فالباقي كله له إذا كان يخرج من الثلث؛ لأنه أمكن تنفيذ الوصية في الباقي.

(باب ما يبطل الوصية وما لا يبطلها)

(**الجامع الصغير**): رجل له ثلاثة أثواب: جيد ووسط ورديء، فأوصى لكل واحد بثوب معين، فهلك واحد ولا يدري الهالك بطلت الوصايا؛ لأن الموصى له صار مجهولًا لا يدري من هو، وجهالة الموصى له تمنع صحة الوصية، كما لو أوصى لأحد هذين الرجلين بكذا، وإن اصطلحوا جاز، وإن سلم الورثة الثوبين جاز أيضًا، ويكون لصاحب الجيد ثلثا الجيد منهما؛ لأنه لاحق له في الرديء بيقين ولصاحب الرديء ثلثا الرديء بينهما؛ لأنه لا حق له في الجيد بيقين ولصاحب الرديء الأوسط ثلث هذا وثلث ذلك؛ لأن حقه دائر فيهما.

(**المنتقى**): ولو جن الموصى جنونًا مطبقًا أو صار معتوها بطلت وصيته لأنها بمنزلة الوكالة، لأنها استنابة واستخلاف كالوكالة وقد صار في حال لا يجوز إنشاؤه

وهي غير لازمة فبطلت وصيته قيل كل وصية لا يصح الرجوع عنها فجنونه لا يبطلها لأنها لا تحتمل الانتقاض وما يصح الرجوع عنها يبطلها لأنها غير لازمة وإغماؤه لا يبطل الوصية كما في الوكالة.

ولو أوصى لرجل ثم استثنى جميع ما أوصى به فالاستثناء باطل وله جميع ما أوصى به بمنزلة الإقرار عندهما.

وقال محمد: الاستثناء جائز والوصية باطلة؛ لأن الاستثناء كان منه رجوعا عنها.

لهما: أن الاستثناء ليس برجوع صريحا ولا دلالة؛ لأن الموصى قد قصد بالوصية صحتها واعتبارها لا إبطالها وإهدارها؛ لأنه قصد بها نيل الثواب ودفع العقاب وابتغاء مرضات الله تعالى فيحتال لصحتها ما أمكن فأبطلنا الاستثناء تصحيحًا لهما كما في الإقرار.

(**الزيادات**) أصله: أن الموصى به شيء تغير قبل موت الموصي ينظر إن تغير تغيرا يوجب بطلان الاسم الذي وقعت به الوصية وحدوث معنى لم يكن وقت الوصية تبطل الوصية؛ لأنه يصير جنسًا آخر غير ما تناولته الوصية وتعلق به حق الورثة فيمنع تعلق حق الموصى له ولأن حق الموصى له؛ لم يتعلق بتلك الزيادة ولا يمكن تنفيذ الوصية والأصل بدون تلك الزيادة فبطلت الوصية ضرورة وإن لم تتغير عن حالته اسمًا ومعنى فالوصية ماضية وإذا أوصى بالكفري فصار بُسرا أو رطبًا قبل موته تبطل الوصية؛ لأنه تبدل الاسم والمعنى وصار جنسًا آخر، ولهذا تبطل الوكالة وينقطع حق المغصوب منه.

ولو أوصى برطب فصار تمرًا لا تبطل الوصية استحسانًا لا قياسًا؛ لأن الاسم قد تبدل بدليل أنه إذا حلف أن لا يأكل رطبًا فأكل تمرًا لا يحنث. وجه الاستحسان: أن الاسم إن تبدل ولكن لم يتبدل المعنى، فإن المنافع والمقاصد المطلوبة منها متحد ولكن بالجفاف فات عنه وصف الرطوبة، ولهذا لا يتبدل الجنس ولا يتغير الذات كما لو أوصى بحَمَل فصار كبشًا أو بصغير فصار كبيرا ولا يتعلق حق الموصى له بشيء لم يكن متعلقا به بل يبقى متعلقا ببعض ما كان متعلقا به.

ولو أوصى بعنب فصار زبيبًا بطلت بخلاف الرطب إذا صار تمرًا والفرق أن

العنب لا يصير زبيبًا إلا بصنع العبد، فإنه إذا ترك على الشجر يفسد، ولهذا لو غصب عنبًا فجعله زبيبًا ينقطع حق المالك فصار صنعه دليل الرجوع عن الوصية فأما الرطب، فإنه يصير تمرًا بلا صنع أحد، ولهذا لو غصب رطبا فصار تمرا لا ينقطع حق المالك فلم يوجد دليل الرجوع فيه وهو الصنع فيه، ولو كان هذا بعد موت الموصي لا تبطل الوصية؛ لأن التغير حصل على ملك الموصى له أو حقه ولو أوصى بكفري فلم يقبضه بعد موت الموصي حتى صار رطبا لا يتصدق بشيء؛ لأن قبل القسمة التركة مبقاة على حكم ملك الميت، ولهذا لو ظهر دين أو وصية تنفذ منها فالزيادة حدثت من ملك الموصي والموصي كان راضيًا بوجود الزيادة فيه للموصى له فلم يتمكن فيه حنث، ألا ترى لو حصلت الزيادة في الثلث شارك الورثة الموصى له في الزيادة ويطيب للورثة مع أن الأصل ملك الموصى له فالموصى له أولى أن يطيب له.

(باب الوصية بالمال تنقص أو تزيد بعد موت الموصي)

(المبسوط): أصله: أن التركة قبل القسمة مبقاة على حكم ملك الميت حتى إن الزوائد الحادثة قبل القسمة تعد من مال الميت حتى يقضي منها ديونه وتنفذ وصاياه لقيام حاجة الميت وعدم استغنائه عنه، وصار كالزوائد الحادثة من المبيع والمهر قبل القبض حادثة على ملك المملك حتى يصير لها حصة من الثمن بالقبض؛ لأن الأصل مبقي على حكم ملك المملك فكذا هذا.

ثم المسائل على فصلين:

أحدهما: في الزيادة.

والثاني: في النقصان.

(فصل)

الزيادة الحادثة من الموصى به كالولد والكسب والغلة والأرش بعد موت الموصي قبل قبول الموصى له الوصية تصير موصى بها حتى تعتبر من الثلث، لأنها حدثت بعد انعقاد سبب الملك للموصى له في الأصل، فإذا قيل يستند الملك فيه

إلى وقت الموت فدخلت الزيادة تحت الوصية كالمبيعة إذا ولدت في مدة الخيار فأجاز من له الخيار البيع تصير الزيادة مبيعة حتى يصير لها حصة من الثمن.

ولو حدثت الزيادة بعد قبول الموصى له قبل القسمة ذكر القدوري: أنها لا تصير موصى بها حتى كان للموصى له من جميع المال، لأنها حدثت على ملك الموصى له؛ لأنه ملك الرقبة والتصرف فيهما جميعًا فصار كالزيادة الحادثة من المبيعة بعد القبض.

وقال مشايخنا: تصير موصى بها حتى يعتبر خروجه من الثلث، لأنها حدثت قبل تأكد الملك في الأصل؛ لأن ملكه لم يتأكد ولم يتقرر بعد، فإنه لو هلك ثلث التركة وصارت الجارية بحال لا يخرج من ثلث ماله تكون له الجارية بقدر ثلث الباقي فصار كالزيادة الممهورة الحادثة قبل القبض يكون مهرا حتى ينتصف بالطلاق قبل الدخول وقد ملك الرقبة والتصرف جميعًا؛ لأن ملكها غير متأكد قبل القبض حتى لو هلكت يهلك على الزوج لا عليها، فإن كانت الجارية والزيادة يخرجان من الثلث يعطى كله للموصى له.

وإن كانا لا يخرجان من الثلث فعند أبي حنيفة يعطي له الجارية أولا من الثلث، فإن فضل من الثلث شيء يعطى له من الزيادة بقدر ما فضل وعندهما يعطي له الثلث منهما بالحصص.

لهما: أن الزيادة متى ورد عليها قبض فإنها تصير موصًى بها حكمًا والتحقت بأصل العقد وصارت كالموجود كذا العقد فيعتبر الأصل مع الزيادة من الثلث كالزيادة المتصلة.

له: أن الزيادة صارت موصى بها تبعا للأصل لا مقصودًا لأنها ملكت بملك الأصل لا بالعقد السابق مقصودًا؛ لأن العقد لم يرد عليها فلا يجوز أن يبطل شيء من حكم العقد في الأصل باعتبار البيع فيما يتضرر به أحد المتعاقدين من غير ضرورة وفي انقسام الثلث عليهما ضرر على الموصى له؛ لأنه لا يسلم له بعض الجارية فالشركة في الأشخاص يعد عيبا خصوصا في الجواري فيعتبر الحكم في الأصل على وجه يتضرر به صاحبه ولا يعتبر الانقسام عليهما وفي الزيادة المتصلة

ضرورة؛ لأنه لا يمكن تنفيذ الوصية في الأصل بدون الزيادة فنفذنا الوصية فيهما من الثلث للضرورة وهنا أمكن تنفيذ الوصية في الأصل دون الزيادة لأنها ممتازة عن الأصل فلا يقسم الثلث عليهما كي لا يؤدي إلى تشقيص الأصل فيتضرر به الموصى له. رجل له أمة قيمتها ثلاثمائة ولا مال له غيرها فأوصى بها لرجل ثم مات فباعها الوارث بغير محضر من الموصى له فولدت في يد المشتري ولدًا قيمته ثلاثمائة درهم ثم جاء الموصى له فلم يجز البيع سلم للمشتري ثلثا الجارية وثلثا الولد وللموصى له ثلث الجارية وتسع الولد ويرد التسعان إلى الورثة؛ لأن البيع قد نفذ في حصة الورثة وهي ثلثي الجارية ولم ينفذ في حصة الموصى له وبقي ثلثها وتسلم له ثلث الجارية ويكون ثلثا الولد حدث على ملك المشتري لأنها حدثت بعد نفاذ البيع وتأكّد ملكه، وثلثه حدث على حكم ملك الميت فيكون ذلك من مال الميت؛ لأنها حدثت قبل القسمة والقبض فصار مال الميت يوم القسمة الجارية وثلث الولد وقيمة ذلك أربعمائة فيكون للموصى له ثلث ذلك وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلاثمائة ثلث الجارية وثلاثة وثلاثون تسع الولد فاجعل كل مائة منها ثلاثة أسهم فصار ثلاثمائة وهي قيمة الولد تسعة أسهم ستة أتساعه للمشتري وتسعاه للورثة وتسعه للموصى له وكذلك لو ازدادت الجارية في بدنها فصارت قيمتها ستمائة فثلثاها للمشتري وثلثا ثلثها للموصى له وثلث ثلثها للورثة؛ لأن مال الميت أربعمائة؛ لأن البيع نافذ في ثلثي الجارية فحدث ثلثا الزيادة على ملك المشتري فبقي بمال الميت الجارية قيمتها ثلاثمائة وثلث الزيادة قيمته مائة فصار مال الميت أربعمائة فيكون ثلثها للموصى له وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلاثمائة أصل من الجارية وثلاثة وثلاثون من الزيادة؛ لأن قيمة ثلث الجارية مائتان فيكون ثلثاها مائة وثلاثة وثلاثين وثلث وثلث ثلثها للورثة ستة وثلاثون وثلث.

(المنتقى): رجل أوصى لرجل بشاة من غنمه وقد ألحقنا الأولاد بالأمهات بعد موته فللورثة أن يعطوه شاة بدون ولدها، وإن قال: شاة من غنمي هذه أعطوه معها ولدها وما حلب من لبنها وجزّ من صوفها إن كان قائمًا وما كان مستهلكا من ذلك فلا يضمنونه؛ لأن الوصية تناولت شاة من قطيع معين فيدخل زوائدها تحت الوصية وفي الأول تناولت شاة منكرة مطلقة ولا تدخل الزوائد تحت الوصية.

وكذلك لو أوصى بنخلة ولم يقل من نخلي هذه يعطونه نخلة دون ثمرتها، وإن قال: من نخلي هذه وقد أثمرت بعد موته فللموصى له الثمرة مصرومة كانت أو غير مصرومة، ولو أوصى بإحدى هاتين الأمتين فولدت إحداهما أعطاه الورثة أيهما شاؤوا ويبيعها ولدها.

ولو قال: أوصيت بجارية من جواري هؤلاء أو قال بشاة من غنمي هذه يتبعها أولادها الجارية بعد موت الموصي لا الحادثة قبل موته؛ لأن الوصية إيجاب تمليك بعد الموت وبعد الموت الإيجاب لا يتناول الزوائد الحادثة قبل الموت، فإن هلكت الأمهات إلا واحدة بعد موت الموصي كان حقه في هذه الواحدة، وإن لم يبق شيء من الأمهات دفعوا إليه أي الأولاد شاؤوا وأي ثمر النخل الحادث بعد موت الموصي شاء؛ لأن الزوائد ولدت من أصل تناوله إيجاب الوصية وقد أوجب الوصية في الأصل بأبعاضها وأجزائها.

(باب الوصية بالرقبة لرجل وبالخدمة أو بالثمرة لآخر)

(**المبسوط**): ولو أوصى بخدمة عبده سنة لرجل والعبد يخرج من الثلث خدمة سنة، وإن لم يخرج من ثلثه خدم الورثة يومين وله يوما حتى يستكمل السنة؛ لأن الوصية بالمنفعة كالوصية بالرقبة؛ لأن المنفعة مال كالعين فصار كالمريض إذا أجل دينا له يعتبر الأجل من الثلث؛ لأن الأجل بمعنى المال والمنفعة أولى.

وإن أوصى بخدمة عبده سنة معينة وهي سنة كذا فمضت تلك السنة قبل موت الموصي بطلت الوصية؛ لأن الموصى به وهي منافع العبد في تلك السنة قد هلكت بمضيها فصار كما لو هلك العبد الموصى برقبته قبل موت الموصي بطلت الوصية فكذا هذا.

وإن مات الموصي بعد مضي تلك السنة يستخدمه فيما بقي؛ لأنه هلك بعض الموصى به وبقي البعض، وإن مات قبل مضيها يستخدمه السنة كلها إن كان يخرج العبد من الثلث، وإن لم يخرج يخدمه يوما والورثة يومين في تلك السنة.

ولو أوصى بسكنى داره سنة، فإن كان خرج من الثلث يسكنها سنة، وإن لم

يخرج واحتملت القسمة سكن ثلثها والورثة ثلثيها إلا أن يتهايؤوا؛ لأنه مهما أمكن قسمة الدار بالسكنى لا يصار إلى قسمة السكنى بالتهايؤ لما فيه من زوال يد كل واحد منهما عن الدار في الآخر فوجب قسمة غير الدار حتى لا تزول يد الموصى له عما أوصى له به في وقت ما.

ولو أوصى بغلة داره أو بعبده سنة ولا مال له سواه كان له غلة ملك السنة كما بينا، ولو كان له ثلاثة أعبد وأوصى برقبة أحدهم لرجل وقيمته ثلاثمائة وبخدمة الثاني لآخر وقيمته خمسمائة وقيمة الثالث ألف جاز لكل واحد ثلاثة أرباع وصيته يعطي لصاحب الرقبة ثلاثة أرباعها ويخدم لصاحب الخدمة ثلاثة أيام وللورثة يوما؛ لأن الوصايا جاوزت الثلث؛ لأن ثلث المال ستمائة والوصايا كانت ثمانمائة وكان ثلث المال ثلاثة أرباع الوصايا.

ولو مات العبد الذي يخدم كان العبد الموصى برقبته لصاحب الرقبة كله؛ لأن وصية صاحب الخدمة بطلت بموت الموصى به وبقيت وصية صاحب الرقبة وتلك الرقبة تخرج من ثلث مال الميت، وكذلك لو مات العبد الموصى برقبته يسلم لصاحب الخدمة جميع خدمة العبد، وكذلك لو أوصى بثلث كل واحد لرجل وقيمتهم سواء وبخدمة أحدهم لرجل كان الثلث بينهم على خمسة؛ لأن حق الموصى له بالخدمة مقدم على حق صاحب الرقبة؛ لأنه ما لم يفرغ عن خدمته لا يسلم لصاحب الرقبة فكانت الوصية بالرقبة مؤخرة عن الوصية بالخدمة ولا يضرب صاحب الرقبة بالعبد الموصى بالخدمة فكان حق صاحب الرقبة في ثلث رقبتين من كل رقبة ثلثها وذلك سهمان وحق صاحب الخدمة في رقبة كاملة وذلك أسهم فيقسم الثلث بينهما على خمسة.

ولو أوصى بثلث ماله لرجل وبخدمة أحدهم لآخر تضاربا وكان لصاحب الخدمة نصف العبد الموصى بخدمته ولصاحب الثلث نصف عند ثلث ذلك النصف في كل عبد؛ لأنه أوصى له بثلث كل رقبة وبثلث منافع كل رقبة؛ لأن المنفعة مال كالرقبة وقد أوصى له بثلث المال واسم المال يتناول المنفعة فقد اجتمع فيه وصيتان وصية بجميع الخدمة ووصية بثلث الخدمة للموصى له بالثلث

فيستحق الضرب بالثلث والآخر يستحق الضرب بالكل. نظيره لو كان له ثلاثة أعبد قيمتهم سواء فأوصى بثلث ماله لإنسان وتعبد بعينه لآخر على ما يأتي بخلاف الفصل الأول؛ لأن ثمة أوصى له بثلث الرقاب واسم الرقبة لا يتناول الخدمة والمنفعة؛ لأن الرقبة اسم عين واسم العين لا يتناول المنفعة فكان ذلك وصية له بثلث الرقبة بلا منفعة وبالمنفعة لآخر فلا يستحق الضرب في تلك الرقبة في الحال.

(فصل)

ولو أوصى بخدمته له وبرقبته لآخر وهو ثلث ماله خدمه ما دام حيا، فإن مات كان لصاحب الرقبة؛ لأن الوصية بالرقبة مفيدة لأنها نافعة ناعمة للموصى له في الجملة؛ لأنه تعود منفعته إليه متى مات صاحب الخدمة أو كانت أمة فولدت فولدها لصاحب الرقبة، وكذلك الغلة والكسب له ولما كانت نافعة مفيدة وقعت صحيحة.

ولو أوصى بدابة لرجل وبظهرها لآخر ركوبها وغلتها فهي مثل العبد؛ لأنه أوصى بالرقبة لأحدهما وبالمنفعة لآخر، وإن أوصى بخدمة عبده لرجل وبغلته لآخر خدمة شهرا وأغله الآخر شهرا هكذا إلى أن تمضي مدة الخدمة؛ لأنه أوصى لأحدهما بالمنفعة وللآخر ببدل المنفعة فصار كأنه أوصى لكل واحد بجميع الرقبة ثم جعل التهايؤ هنا شهورا لا بالأيام؛ لأن العبد في الغالب لا يستأجر كل يوم وإنما يستأجر شهرا وليس للموصى له بالسكنى أو بالخدمة أن يؤجر الدار والعبد خلافًا للشافعي بناء على أن من ملك المنفعة بغير بدل لا يملك تمليكها ببدل إلا بإذن مالك العين وعنده يملك كما في المستعير.

ولو كان الموصي بالكوفة ومات فليس للموصى له بالخدمة أن يخرج العبد من الكوفة إلا أن يكون أهله في غيرها فيخرجه إلى أهله فيخدمه هناك؛ لأن في الإخراج ضررًا بالورثة؛ لأن العبد ملكهم وصيانة ملكهم وحفظه إليهم وكذا ضرر بالعبد؛ لأن الخدمة في السفر أشق على العبد وأضر به من الخدمة في الحضر والموصي لا يريد زيادة ضرر بالورثة وبعبده من غير فائدة فتقيدت الوصية بالوطن عرفا والموصى له لا يملك استخدامه إلا في وطنه وعند أهله فيكون الموصى في هذه الحالة إذنا له بالإخراج دلالة.

وإن كان العبد لا يخرج من الثلث لا يكون له ولاية الإخراج؛ لأنه لا حق له في كل العبد ولا يجوز قسمة صاحب الغلة مع الورثة، فإن اقتسموا ما غل بعضها اشتركوا فيه إن لم يكن له مال سوى النخيل؛ لأن رقبة النخيل والبستان ملك الورثة لا شركة لصاحب الغلة فيها ومحل القسمة محل مشترك فكانت قسمة النخيل والبستان باطلة وكذا الغلة لأنها معدومة ولو صالح صاحب الغلة أو الخدمة أو السكنى مع الورثة على شيء آخر جاز وبطلت وصيته؛ لأن الصلح عن الحقوق جائز، وإن كان لا يجوز بيعها؛ لأنه إسقاط حقه بعوض.

ولو اشترى الموصى له الرقبة من الورثة جاز وبطلت وصيته؛ لأنه ملك الموصى به بالشراء، ولو جنى العبد فالفداء على المخدوم؛ لأن المقصود من ملك الرقبة المنفعة والموصى له بالرقبة لا ينتفع بملك الرقبة ما دامت الوصية بالخدمة قائمة وكان ملك الرقبة قائمًا صورة فائتا معنى والمنفعة سالمة لصاحب الخدمة فكان الملك ثابتًا له معنى مخاطب له بالفداء للحال، فإن مات رجع ورثته بالفداء على صاحب الرقبة؛ لأن المنفعة صارت له بموت صاحب الخدمة وهو كان مضطرا إلى الفداء لإحياء حقه في الخدمة والجناية كانت متعلقة برقبة العبد والرقبة صارت سالمة لصاحب الرقبة عملا رقبة ومنفعة وتصرفًا ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه كان له الرجوع فيما قضى، وإن أبى صاحب الرقبة الفداء بيع العبد فيه وكان بمنزلة الدين في عنقه؛ لأنه بالإباء صار مختارا للدفع وراضيا به والرضاء بالدفع منه يكون رضاء بإزالة العبد عن ملكه فيجوز إزالته بالبيع، ولو أبى المخدوم أن يفدي فدى صاحب الرقبة أو دفع وبطلت وصية المخدوم؛ لأن صاحب الرقبة لا يملك الدفع إلا برضاء المخدوم؛ لأن في الدفع بطلان حقه فيقال لصاحب الخدمة افده، فإذا أبى الفداء مع علمه أنه لو لم يفده يدفعه صاحب الرقبة أو يفديه صار راضيا بإبطال وصيته فملك دفعه وإذا دفع استحق عليه العبد ومتى فداه استحق بيعه بالدين فتبطل الوصية.

ولو جنى على الخادم جناية لا تنقص الخدمة كان الأرش لصاحب الرقبة، وكذلك مات وهب للخادم أو تكسبه؛ لأنه بدل بعض الرقبة والرقبة له وحق صاحب الخدمة باقٍ بكماله فلا حق له في بدله.

ولو نقصت الخدمة يشتري بالأرش خادم يخدمه، فإن لم يبلغ ثمن خادم بيع الأول وضم ثمنه إلى الأرش فيُشترى به خادم توفيرًا أو تكميلا لحقه.

ولو اصطلحا في الأرش أن يقتسماه جاز كما يجوز للموصى له بالخدمة أن يصالح الورثة بها على مال؛ لأن الاعتياض عن إسقاط الحقوق جائز إن كان لا يجوز تمليكها كالاعتياض عن حق الشرب والمرور، وإن كان لا يجوز تمليكه؛ لأنه اعتياض عن إسقاط الحق فكذا هذا.

ولو قتل الخادم عمدًا لم يقتل القاتل ما لم يجتمعا لما مر في الديات، وإن اختلفا ضمن القاتل قيمته يشتري بها آخر؛ لأن من له القصاص مالك الرقبة وقد صار ممنوعا من استيفاء القصاص بحق صاحب الخدمة؛ لأن في استيفاء القصاص بطلان حقه فتجب الدية له.

ولو أوصى بخدمة عبده لرجل وبرقبته لآخر ولا مال له غيره فأعتقه صاحب الرقبة وهو موسر يغرم قيمته فيشتري بها عبدًا فيخدم للورثة يومين وللموصى له بالخدمة يومًا، فإذا مات صاحب الخدمة صار ثلث العبد المشترك لصاحب الرقبة وثلثاه للورثة.

وإن كان المعتق معسرا ضمن حصته على كل حال وهي ثلث قيمة العبد ويسعى العبد في ثلثي رقبته للورثة ويشتري بذلك عبدًا يخدم الورثة والموصى له بالخدمة حتى ينقضي حق الخدمة ثم العبد يكون بين الورثة وصاحب الرقبة أثلاثًا. رجل له عبدان قيمة كل واحد منهما ثلاثمائة ولا مال له غيرهما وأوصى بخدمة أحدهما بعينه لرجل سنة ثم يعتق العبد بعد السنة وأوصى بخدمة الآخر سنتين لآخر، فإنه يخدم كل واحد من العبدين صاحب الوصية يوما وللورثة يومين ثلاث سنين، فإذا مضت ثلاث سنين من يوم مات الموصي يعتق العبد الموصى بخدمته سنة وسقط عنه ثلث قيمته مائة ويسعى في مائتين؛ لأنه موصى له بالعتق؛ لأن ثلث ماله جميع المال وذلك مائتان بينه وبين الموصى له بالعتق؛ لأن ثلث جميع المال وذلك مائتان بينه وبين الموصى له بخدمة العبد الآخر نصفين للمعتق نصفه مائة، فإن لم تخرج السعاية يخدم العبد الآخر للورثة أربعة أيام وللموصى له يوما وإذا خرجت السعاية

مائتين خدم العبد الآخر للورثة يومين وللموصى له يوما، وإن خرج من السعاية مائة يخدم للورثة أحد عشر يوما وللموصى له أربعة أيام؛ لأن للموصى له خمس أربعمائة في العبد؛ لأن حقه في نصف الثلث وذلك سهم من ستة وللورثة أربعة ومال الميت هاهنا العبد ثلاثمائة والسعاية مائة فخمس ذلك ثمانون يضرب بذلك صاحب الخدمة في العبد ويضرب الورثة بثمانين وعشرين فاجعل كل عشرين سهما فتصير ثلاثمائة خمسة عشر سهما.

ابن سماعة عن محمد: أوصى لرجل بأمة ولآخر بما في بطنها ثم مات فباع صاحبُ الأمةِ، فإن أجاز صاحب الولد البيع جاز ولا شيء له من الثمن؛ لأن الولد قد خرج من ملك صاحبه بالإجازة قبل الولادة ولم يقابله شيء من الثمن؛ لأنه لم يرد عليه البيع؛ لأنه ليس بمحل للبيع، فإن ولدت قبل أن يقبضها المشتري لم يجز البيع أبدًا؛ لأن البيع وقع ولا حصة للولد من الثمن فلا يجوز أن يصير له بعد ذلك حصة من الثمن إذا ولدته قبل القبض ولا بد أن يكون له حصة من الثمن؛ لأنه يصير مبيعا متى ورد عليه القبض وقد امتنع ذلك فبطل البيع. رجل أوصى لرجل بشاة ولآخر برجلها، قال أبو حنيفة: إذا خرجت من الثلث فهي لصاحب الشاة ولا شيء لصاحب الرجل؛ لأن اسم الشاة يتناول الأبعاض كلها، وإن أوصى مع ذلك بيدها لآخر وبالإهاب لآخر قال تذبح الشاة ويعطي صاحب اليد يدا والآخر رجلًا والآخر إهابا والباقي لصاحب الشاة، ولو أوصى لرجل بدار ولآخر بجذع من جذوعها أو بآجُرّ منها وهو يخرج من الثلث فكان إذا هدم يضر بالموصى له بالدار، يسلم ذلك لصاحب الدار ويضمن قيمة ذلك الآخر؛ لأن في هدم البناء ضررًا بصاحب الدار وفي قطع حق الآخر عن غير الموصى به إلى قيمته أقل ضررا فيتحمل أدنى الضررين لدفع أعلاهما بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه ليس في ذبح الشاة ضرر لصاحب الشاة فيذبح ليصل كل ذي حق إلى حقه.

(الزيادات): لو قال أوصيت بالعبد لفلان وبخدمته لفلان وبالدار لفلان والبناء لفلان أو بالبستان لفلان وبثمرته لفلان أو بالقوصرة لفلان وبالثمر لفلان أو بالجارية لفلان وبالولد لفلان، وكذلك الخاتم مع الفص كان لكل واحد ما أوصى له به إذا

قاله موصولا، فإن فصل فالدار والجارية والقوصرة والخاتم للموصى له بها والبناء والثمر والولد والفص بينهما نصفان؛ لأن اسم الدار والجارية والقوصرة والخاتم اسم عام يتناول ما هو من أجزائها ومظروف فيها فكان إفراد المبيع والجزء والظروف بالوصية تخصيصا للعام وتخصيص العام يصح موصولا لا مفصولا، فإذا فصل لم يكن تخصيصا عن عموم الإيجاب الأول فبقي عموم الإيجاب الأول وصح الإيجاب الثاني أيضًا؛ لأنه ليس من ضرورة إيجاب الوصية للثاني الرجوع عن إيجاب الوصية للأول فوقع التعارض بين الإيجابين في هذه الأشياء الأربعة فيثبت التساوي بينهما في الاستحقاق كما لو أوصى بعين لزيد ثم أوصى بها لعمرو صح فيكون بينهما إلا في الخدمة والثمرة فكلها للثاني، وكذلك الدار والسكنى والعبد والغلة؛ لأن اسم الدار لا يتناول السكنى واسم البستان لا يتناول الثمرة واسم العبد لا يتناول غلته وخدمته وإنما يملكها صاحب الأصل بملك الرقبة لا بالوصية، وإنما يملكها بملك الرقبة إذا كانت فارغة عارية عن حق الغير، فإذا أوجب فيها وصية للغير كانت للموصى له؛ لأنه لا تعارض في الإيجاب فيها بل أفردها بالإيجاب والتمليك.

(باب الوصية بالنفقة)

(المبسوط): ولو أوصى بأن ينفق على رجل كل شهر أربعة دراهم من عرض ماله، وعلى آخر خمسة كل شهر من غلة بستانه ولا مال له سوى البستان، فإن الثلث بينهما نصفان؛ لأن الوصية بالنفقة بمنزلة الوصية بجميع المال؛ لأنه يصير جميع الغلة ممنوعا عن الورثة حتى يموت الموصى له بالنفقة، فكان كل واحد منهما موصى له بجميع البستان فيجوز بقدر الثلث فيكون الثلث بينهما لاستواء حقيهما فيباع سدس البستان ويوضع ثمنه على يد ثقة وينفق على الموصى له بالأربعة كل شهر أربعة؛ لأنه موصى له بالنفقة من عرض ماله حتى ينفذ ذلك، فإن ماتا وقد بقي شيء من ذلك يرد على الورثة، فإذا ماتا قبل الاتفاق فقد ماتا قبل تنفيذ الوصية فبطلت وسدس البستان ويترك ذلك وينفق من غلته على الموصى له بالخمسة كل شهر خمسة دراهم.

ولو قال: على فلان أربعة وعلى رجلين خمسة كان لهما السدس وللفرد السدس لأنهما وصيتان كل واحدة بجميع المال؛ لأن الاتفاق ربما يأتي على جميع المال فقد استويا في الوصية فيستويان في الاستحقاق.

ولو أوصى بأن يؤاجر أرضه من فلان عشر سنين كل سنة بمائة وآخر مثلها مائتان جاز له من الثلث كما في البيع؛ لأن الإجارة بمعنى البيع لأنها تمليك المنفعة كالبيع تمليك الرقبة.

ولو أوصى بأن تباع داره من رجل بألف، وأن يقرض لرجل ألف درهم سنة واستهلك الورثة ألفين سوى الدار فبيعت بألف وهي تساويها فهي لصاحب العرض سنة ثم هي للورثة؛ لأن الورثة استوفوا نصيبهم باستهلاك ألفين فبقيت الدار للموصى له بها فيباع من الموصى له بالبيع أولا بألف ثم يؤخذ منه الألف ويقرض الموصى له الآخر والتأجيل في القرض صحيح حالة الحياة لكنه غير لازم حتى يملك المقرض إبطاله ويأخذ ماله؛ لأنه وعد أن يترك المال في يده لينتفع به زمانا فكان له أن يرجع؛ لأنه وعد تمليك المال في أزمنة فله أن لا يملك، والتأجيل بعد الموت صحيح لازم ضرورة؛ لأن الميت لا يقدر على إبطاله والورثة ليس لهم حق الإبطال؛ لأنه لم يثبت حقهم في القرض حتى يتصرفوا فيه بإبطال التأجيل فلزم، ولهذا إذا كان وصى بخدمة عبده سنة يصح، وإن كانت هذه إعارة والإعارة غير لازمة حالة الحياة ولكنها صارت لازمة بعد الممات فكذا هذا.

ولو أوصى لرجل من غلة عبده كل شهر بدرهم وثلث ماله لآخر وهو كل ماله ولم يجز الورثة كان ثلث العبد بينهما نصفين عند أبي حنيفة، وعندهما على أربعة؛ ثلاثة لصاحب الدرهم وشهر لآخر، وهذا بناء على أن الوصية بغلة عبده كل شهر بدرهم وصية بكل الغلة؛ لأن الوصية ربما تستغرق كل الغلة، ثم عند أبي حنيفة الموصى له بأكثر من الثلث لا يستحق الضرب إلا بالثلث والآخر كذلك فيقسم الثلث بينهما نصفان لكل واحد سدس من الكل فيستغل العبد في كل ستة أيام يوما وعندهما الموصى له بأكثر من الثلث يستحق الضرب بالكل يضرب الموصى له بالغلة بثلاثة أسهم والموصى له بالثلث سهم فيقسم الثلث بينهما أرباعا.

(الجامع) أصله: أن الوصية بالنفقة كل شهر مالًا مقدرا بمنزلة الوصية بجميع المال معنى؛ لأن الوصية بالنفقة ربما تستغرق جميع مال الموصي بأن عاش الموصى له مدة مديدة أو ربما يهلك ويتوي شيئًا من المال فيصير الباقي مستغرقا بالنفقة إلا إذا كانت الوصية بالنفقة مقدرة بالثلث كانت بمنزلة الوصية بثلث ماله ولا ينفذ الزيادة على الثلث ثم المسائل على قسمين: **أحدهما**: إذا كانت الوصية بالنفقة مطلقة عن الثلث والثاني إذا كانت مقيدة بالثلث أما القسم الأول لو أوصى بثلث ماله لرجل وأوصى لآخر أن ينفق عليه ما عاش كل شهر خمسة دراهم فأجازت الورثة فلصاحب الثلث سدس المال ويوقف خمسة أسداسه على صاحب النفقة وينفق عليه كل شهر خمسه وإن لم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان عند أبي حنيفة وعندهما إن أجازت الورثة يوقف ثلاثة أرباع المال والربع الآخر لصاحب الثلث وإن لم يجز توقف ثلاثة أرباع الثلث؛ لأن الموصى له بالنفقة موصى له بجميع المال.

ولو أوصى بجميع ماله لإنسان وبثلثه لآخر فعند أبي حنيفة يقسم المال على سبيل المنازعة وعندهما على سبيل العول والمضاربة فيحركهما وهو أن يضرب كل واحد منهما في المال بجميع حقه فيجعل المال على ثلاثة لحاجتنا إلى الثلث فالموصى له بالجميع يضرب بثلاثة والموصى له بالثلث يُضرب بسهم فيصير جميع المال أو الثلث بينهما على أربعة فيكون ثلاثة أرباعه لصاحب الجميع وربعه لصاحب الثلث ويخرجه لأبي حنيفة وهو أن يجعل المال على ثلاثة سهمان لصاحب الجميع بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما نصفين فانكسر الحساب بالنصف فأضعف ليزول الكسر فيصير ستة لصاحب الجميع أربعة بلا منازعة وسهمان استوت منازعتهما فيهما فكان لكل واحد منهما، فإن لم تجز الورثة بقيت الوصية بالثلث وقد استوت منازعتهما فيه فيكون الثلث بينهما، فإن مات ولم يستكمل الخمسة الأسداس أكمل الآخر تمام الثلث وما بقي فهو للورثة؛ لأن حقه في الثلث يوم مات الموصي إلا أنه نقص حقه عن الثلث لمزاحمة الآخر، فإذا زالت المزاحمة بموت الموصى له بالنفقة كمل حقه كما لو لم يقبل الموصى له بالنفقة الوصية، وإن لم تجز الورثة وقد مات الموصى له بالنفقة فما وقف فلصاحب

الثلث عند أبي حنيفة؛ لأنه ربما يهلك شيء مما وقفنا عليه مقدار ما يعلم أن مثله مما لا يعيش إلى تلك المدة فيحتاج إلى أن يسترد الباقي فيوقف خمسة أسداس المال أو نصف ثلثه حتى لا يحتاج إلى الاسترداد قصرًا للمسافة وعندهما إن مات قبل أن يستكمل ثلاثة أرباع المال يكمل الموصى له بالثلث مما بقي ويرد الباقي على الورثة وإن لم يجز الورثة ومات قبل أن يستكمل ثلاثة أرباع الثلث، فإنه يرد الباقي إلى صاحب الثلث لما ذكرنا، ولو أوصى بأن ينفق على فلان وفلان كل شهر عشرة فهذا والأول سواء؛ لأن الوصية هنا متحدة؛ لأنه لم يذكر لفظة الوصية لكل واحد منهما على حدة وإنما الموصى له متعدد والمزاحمة في الثلث إنما تزداد بزيادة الوصية لا بزيادة الموصى له كما لو أوصى لرجل بثلث ماله وأوصى برجلين بجميع ماله فالوصية لهما واحدة في حق المزاحمة للموصى له بالثلث، ولو قال أوصيت لفلان بثلث مالي وأوصيت أن ينفق على فلان كل شهر كذا وأوصيت أن ينفق على ثالث كل شهر كذا ولم تجز الورثة فثلث الثلث للموصى له بالثلث ويوقف على كل واحد من الآخرين ثلث الثلاث؛ لأنه اجتمعت في الثلث ثلاث وصايا واستوت منازعة الكل فيه فيقسم الثلث بينهما أثلاثًا، فإن مات أحدهما وبقي من حصته شيء فهو بين الآخر وصاحب الثلث نصفان؛ لأن كل واحد منهما موصًى بجميع الثلث، وإن أجازت الورثة يقسم جميع المال بينهم على تسعة أسهم؛ لأن الموصى له بالثلث لا يدعي أكثر من الثلث فما زاد على الثلث وذلك سهمان للموصى لهما بالنفقة بلا منازعة بقي سهم استوت منازعة الكل فيه فيكون بينهم أثلاثًا انكسر بالثلث فاضرب أهل الفريضة وذلك ثلاثة في مخرج الكسر وذلك ثلاثة فيصير تسعة للموصى لهما بالنفقة ستة بلا منازعة بقيت ثلاثة استوت منازعتهم فيها فيكون لكل واحد سهم فتوقف ثمانية أسهم للموصى لهما بالنفقة وعندهما إن أجازت الورثة يقسم جميع المال على سبعة، وإن لم تجز فالثلث على سبعة؛ لأن كل واحد من الموصى لهما بالنفقة يضرب بالجميع ثلاثة ثلاثة فيكون ستة ويضرب الموصى له بالثلث بسهم فيصير جميع المال على سبعة سهم لصاحب الثلث وستة توقف عليهما، وأما **القسم الثاني**: ولو أوصى أن ينفق على فلان من ثلثه كل شهر

أربعة وأن ينفق على فلان وفلان من ثلاثة كل شهر عشرة فأجازوا بوقف ثلث ماله على صاحب الأربعة وثلث آخر على صاحبي العشرة بينهما؛ لأن الموصي قصر وصية الموصى له المفرد بالنفقة على الثلث فلا يتعدى وصيته عن الثلث فكان موصى له بجميع الثلث؛ لأن وصيته قد تستغرق جميع الثلث وقد جمع الآخرين في وصية واحدة ولم يفرد كل واحد بوصية فتوقف ثلث المال على الموصى له المفرد وتوقف الثلث للموصى لهما المجتمع، وإن مات أحد صاحبي العشرة وقف ما بقي من نصيبه على شريكه، وإن مات شريكه أو مات صاحب الأربعة فما بقي منه للورثة؛ لأنه استوفى كل واحد تمام حقه وهو ثلث المال فيرد الفضل إلى الورثة، فإن لم يجز وأوقف نصف الثلث عليهما ونصفه على صاحب الأربعة، ولو قال: أوصيت بثلث مالي لفلان يوقف عليه وينفق عليه كل شهر ما عاش يسلم الثلث إلى الموصى له يفعل فيه ما شاء؛ لأن هذه وصية تمليك لا وصية إنفاق؛ لأنه أضاف الثلث إليه بلام التمليك، ولهذا لو اقتصر على قوله ثلثي لفلان يكون تمليكا وقوله يوقف وينفق عليه كل شهر كذا يحتمل أن يكون رجوعا بأن أراد به أن يوقف الثلث على ملكي وينفق عليه فيكون هذا رجوعا عن وصية التمليك ويحتمل أنه أراد به أن يوقف على ملك الموصى له وينفق عليه فتكون مستورة ولا يكون رجوعا بل شرط عليه أن يمسكه ولا يزيله عن ملكه فلا يجب مراعاة هذا الشرط؛ لأنه شرط عليه شرطًا في ملكه وإذا كان محتملا فلا يثبت الرجوع بالشك فبقيت وصية تمليك.

ولو أوصى بأن ينفق من ثلث ماله على فلان كل شهر عشرة يوقف الثلث ولا يعطى كله؛ لأن هذه وصية إنفاق لا وصية تمليك؛ لأنه لم يملك الثلث من فلان؛ لأنه لم يقر به بلام التمليك فصح شرط التوزيع؛ لأنه تصرف في ملك نفسه.

ولو أوصى أن يحج عنه من ثلثه كل سنة بمائة أحجوا في سنة واحدة، وكذلك عتق النسمة والصدقة على المساكين بخلاف ما لو أوصى بأن يعطي فلانا من الثلث كل سنة مائة، فإنه يوزع الإعطاء على السنين والفرق أن في الأول الأمر بالتوزيع غير مقيد؛ لأنه لا يتصور أن يفضل شيء من وصيته حتى يعود إلى الورثة فينتفعون به، فإن الحج والصدقة مما يبقى آباد الدهر إلى انقراض الدنيا فلم يكن في التوزيع

فائدة بل فيه ضرر، فإنه متى وقعت القسمة ثم توى شيء من المال قبل إقامة هذه القربة، فإنه يجب إعادة القسمة وإخراج ثلث ما حصل للورثة وإذا صرف كله إلى الوصية في أول السنة لا يلحق الورثة هذه المضرة ويلحق الموصى أيضًا مضرة وخسارة، فإنه ربما يتوى الباقي، فإن المال معرض للتوى والتلف، وإن لم يتلف ينقطع طريق الحج فلا يصل إلى الموصي ثواب الجميع ومتى عجل يصل إليه ثواب الجميع وكان التعجيل أحوط وأحق وفي الثاني الأمر بالتوزيع على السنين مفيد في حق الورثة بأن يموت فلان قبل أن يستكمل فلان وصيته من الثلث فيبقى من الثلث شيء فيعود الباقي إلى الورثة فوجب اعتباره، وإن كان لا يفيد في حق الموصي؛ لأنه ربما يتوى الباقي قبل تنفيذ الوصية فيه فلا يصل إليه ثوابه ولكن إذا كان الشرط مقيدًا في حق الورثة يجب اعتباره؛ لأن الموصى هو الذي أضر بنفسه باشتراط هذا الشرط.

(باب الوصية بالصدقة)

(المنتقى): ابن سماعة عن محمد: لو أوصى أن يتصدق بهذه الألف وتصدق الوصي بالألف الأخرى من مال الميت وأخذ هذه مكانها للورثة جاز، ولو لم يقبض الألف الموصى بها للورثة حتى ضاعت ضمن للورثة مثلها؛ لأن الوصية قد بطلت بهلاك الموصى له وقد قبض الوصي ألفًا من مال الورثة بغير إذنهم ولم يعوض مكانها.

وروى ابن سماعة عن محمد: لو أوصى أن يتصدق عنه بهذه الألف أو بهذا الثوب أو أهدى عنه هذه البدنة لم يكن للوصي أن يتصدق بقيمته.

وقال عقيب هذه المسألة: لو أوصى أن يتصدق عنه بهذا الثوب أو بهذا العبد أو بهذه الدار فللوصي أن يبيع ويتصدق بثمنه وليس له أن يمسكه للورثة ويتصدق بقيمته، ألا ترى أنه لو قال: تصدقوا بثلث مالي وله دور وأرضون فللوصي أن يبيعها ويتصدق بثمنها.

وذكر الفقيه أبو الليث في "نوازله": المختار أنه يجوز دفع القيمة في الوصية

بالصدقة؛ لأن دفع القيم في باب الزكاة والصدقة جائز فكذلك في الوصية بالصدقة.

ولو قال: تصدق عني بهذه العشرة على عشرة مساكين فتصدق على مسكين واحد، أو قال: على مسكين واحد فتصدق على مساكين جاز؛ لأن الصدقة قربة وقعت لله تعالى والمساكين مصارف الصدقة فصار نظير الزكاة.

وروى الحسن عن أبي حنيفة، وابن سماعة عن أبي يوسف: أنه لا يجوز؛ لأن أمر العبد يتقيد بالشرط صورة ولا يراعي فيه المعنى لما بينا في الزكاة. رجل وكل رجلًا أن يتصدق عنه بهذه الألف فغصب الوكيل من رجل ألفًا وتصدق بها على الموكل ثم أدى ألف الموكل مكانها جاز؛ لأن بأداء الضمان ملك الألف المضمونة من وقت الغصب فظهر أن الوكيل تصدق بها وهي مملوكة للآمر.

ولو قال: لله عليّ أن أتصدق عن فلان هذه الدراهم، فإن كان فلان ميتا فعليه أن يتصدق بها عنه، وإن كان حيًا لم يجز أن يتصدق عنه إلا بأمره؛ لأنه متى تصدق بها عنه بغير أمره وقع التصدق عن المتصدق لا عنه.

(**الفتاوى**): ولو أمر آخر أن يتصدق بشيء من ماله ودفع إليه فتصدق الوكيل على أبيه أو ابنه جاز بالإجماع؛ لأنه لا يهمه في الصدقة بخلاف البيع لا يجوز؛ لأن البيع مبادلة فتجري فيه التهمة.

ولو أوصى بأن يتصدق بثلث ماله فغصب رجل المال من الوصي واستهلكه وأراد الوصي أن يجعل ذلك صدقة عليه والغاصب مقر به قال أبو القسم الصفار: أجرته.

وسُئِلَ محمد عن من أصاب متاعًا حرامًا وأوصى أن يتصدق به عن أصحاب المتاع، قال: إن عرف صاحبه رد عليه، وإن لم يعلم يتصدق به، فإن كذب الورثة مورثهم في هذا الإقرار يتصدق من ذلك بمقدار الثلث، وذكر في إقرار الأصل إذا قال في مرضه هذا المال لقطة وكذبه الورثة قال محمد: لا يتصدق به وهو من الثلث.

عامل السلطان أوصى بأن يعطي من ماله كذا قال الفقيه أبو الليث: إن كان مال غيره مختلطا بماله فعندهما لا يملكه بالخلط بل هو باق على ملك مالكه فلا يجوز

أخذه، وعند أبي حنيفة ملكه بالخلط فيجوز أخذه إذا كان في بقية مال الميت وفاء بمقدار ما أرضاه خصماؤه، وسئل أبو بكر الإسكاف عن من أوصى أن يشتري أربعين قفيزا من حنطة بمائة درهم فتصدق بها فرخصت الحنطة حتى يوجد بمائة درهم خمسين قفيزا قال يجوز أن يشتري بالفاضل حنطة أيضًا فيتصدق بها ويجوز أن يرد الفاضل على الورثة قال كذا رأيت رواية عن أبي يوسف.

(باب الوصية بالعتق وبالرقبة للعبد)

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: في الوصية بالعتق.

والثاني: في تعليق العتق بموت الموصي.

والثالث: في الوصية بالرقبة للعبد.

والرابع: في الزوائد هل تدخل في الوصية بالعتق.

(فصل)

ولو أوصى بعتق عبده لم يعتق إلا أن يعتقه الورثة وله الرجوع قولًا وفعلًا كسائر الوصايا؛ لأن ذلك أمر بالإعتاق فلا يقع بدون الإعتاق.

ولو قال: هو حر بعد موتي بيوم أو بشهر فمضت المدة فعلى رواية ابن سماعة عن محمد: أنه لا يعتق إلا بإعتاق الورثة أو الوصي؛ لأن العتق مضاف إلى ما بعد الموت فالوصي لا يملك الإعتاق بعد الموت؛ لأنه يصير ملكا للورثة عقيب موت الموصي بلا فضل.

وفي ظاهر الرواية يعتق من غير إعتاق الورثة وهو قول مالك والشافعي؛ لأن قوله أنت حر انعقد سببًا للعتق للحال؛ لأن اللفظ صالح لإنشاء العتق وإثباته إلا أنه تأجل حكمه إلى ما بعد مضي المدة باعتبار الإضافة؛ لأن الإضافة لا تمنع انعقاد السبب للحال؛ لأنه ليس بشرط مانع داخل على السبب كما في التعليق بالشرط لكنه تأجيل وتأخير لحكم السبب، كما لو قال أنت حر بعد موتي، فإذا مضت المدة

عتق بإعتاقه السابق الصادر منه عن اختيار، ولهذا لو أعتقه الورثة قبل مضي المدة يقع العتق عن الميت لا عنهم وكل عتق لا يتأخر عن الموت وهو مقدم على سائر الوصايا؛ لأنه عتق نافذ لا يحتمل الانتقاص وسائر الوصايا ليست بنافذة لازمة وهي قابلة للفسخ وما هو نافذ لازم أقوى وآكد مما هو غير لازم قابل للفسخ فيقدم الأقوى على الأوهى كالدين مع الوصية وكل عتق تعلق بوقت بعد الموت أو بفعل، فإنه يحاص سائر الوصايا؛ لأن العتق المعلق غير منفذ بأزل ويحتمل الانتقاص بعارض، فإن جنى العبد يدفع بالجناية.

ولو لحق الميت دين يباع فيه فقد تساويا في القوة فتحاصًا في الثلث والمقاسمة، ولو أوصى أن يعتق عبده أعتق، وإن كره العبد ويسعى إن لزمه شيء؛ لأن العتق إسقاط محض لا يرتد برد العبد ولا يعتبر إباء العبد كما لو أعتقه الموصي مع كره منه.

ولو أعتقه بعض الورثة عن نفسه أو علق عتقه بدخول الدار فدخل عتق عن الميت، وكذلك لو أعتقه على جعل يعتق الميت بلا جعل؛ لأن الوارث لا يملك نسمة الموصى بعتقه فلغت إضافة العتق إلى نفسه وبطل الجعل وبقي قوله أعتقته فيعتق عن الميت.

(فصل)

ولو قال: إن حدث لي حدث في مرضي هذا فهو حر فحدث به ذلك بدئ بالعتق قبل الوصية؛ لأنه عتق عقيب موته بلا فصل فكان هذا عتقا منفذا لازما فيكون مقدما على سائر الوصايا، وإذا أعتق منه في مرضه لا يخرج من الثلث ثم ولدت قبل أن تسعى ثم ماتت سعى الولد فيما كان على أمه عند أبي حنيفة وعندهما لا يسعى؛ لأن معتق البعض بمنزلة المكاتب عنده وعندهما بمنزلة حر عليه دين، ولو أعتق عبدًا في مرضه ودبر آخر وقال لآخر: إن حدث بينهما حدث في مرضي هذا فأنت حر ثم مات من مرضه ذلك اشتركوا في الثلث؛ لأن الكل وصية بالعتق.

ولو أوصى بعتق عبده وهو يستغرق الثلث ولآخر بثلث ماله فالثلث بينهما

نصفان ويسعى العبد في نصف قيمته؛ لأن الوصية بالإعتاق والوصية بالمال سواء في القوة والوكادة لما بينا فيتحاصان في الثلث فيعتق من العبد نصفه من غير سعاية؛ لأن نصف الثلث نصف الباقي قيمته ويسعى في الباقي.

(فصل)

ولو أوصى لعبده بشيء من رقبته يصح، ولو أوصى بشيء من ماله لا يصح؛ لأن العبد من أهل أن يملك رقبته؛ لأن الوصية بالرقبة إعتاق وليس من أهل ما يملك سوى رقبته ولأن الوصية لعبده بمال وصية لوارثه؛ لأن الملك في العبد والموصى به يقع للوارث والوصية لوارثه باطلة والوصية بالرقبة وصية له لا لوارثه؛ لأن الوصية بالرقبة إعتاق.

ولو أوصى له بثلث ماله ورقبته أقل من ثلثه عتق؛ لأنه أوصى له بثلث رقبته، فإن رقبته من مال الميت والوصية للعبد برقبته جائزة ويستحق ثلث باقي المال لأنه حرّ، وإن كان الثلث أقل عتق بقدر الثلث وله ثلث ما سوى رقبته من المال؛ لأنه حر عندهما وبمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة والوصية لكلاهما جائزة، فإن كان ثلث ما بقي من المال مثل ثلثي السعاية يتقاصان، وإن كان أكثر أخذ الفضل منهم، وإن كان أقل أعطى الفضل إليهم.

ولو قال في مرضه لعبد ومدبر له قيمتهما سواء أحدكما حر ثم مات قبل البيان كان الثلث بينهما على ثلاثة للمدبر سهمان وللعبد سهم؛ لأن العتق الباتّ أوجب عتق رقبة بينهما نصفان والتدبير أوجب عتق رقبة للمدبر خاصة فالمدبر يستحق عتق كله والقن يستحق عتق نصفه وكان عتق المدبر ضعف عتق القن فيكون الثلث بينهما أثلاثًا ولأنه إن عين بالعتق الباتّ المدبر عتق كله، وإن عتق به القن يعتق المدبر أيضًا بالتدبير السابق فالمدبر حر بيقين وكان له حرية كاملة والقن يعتق في حال ويرق في حال فيكون له نصف حر فاجعل النصف بينهما والحرية الكاملة سهمان فصار الثلث بينهما على ثلاثة وإن أوصى أن يؤخذ من عبده كذا وكذا درهما ثم يعتق كان له ما حط عنه من الثلث؛ لأن هذه وصية بالعتق ببدل فيجوز كما إذا كان بغير بدل لحاجة الميت إلى ذلك؛ ولأنه أوصى بأن تباع رقبة العبد منه

فصار كما لو أوصى بأن تباع رقبة العبد من أجنبي بثمن مسمى، فإن كان بدل المسمى مثل قيمته أو أكثر يجب إعتاقه وإن كان أقل كان المحطوط يخرج من ثلث ماله لا يجب السعاية، وإن كان أكثر يحط عنه قدر الثلث ويسعى فيما زاد عليه.

(فصل)

أصله: أن الحق متى تعلق بالعين والمعنى وهو القيمة يسري إلى ولده وبدله ولا يسري إلى كسبه؛ لأن الولد متولد متفرع عنه والبدل قائم مقامه معنى كأنه هو فمتى ثبت الحق في الأصل من كل وجه يسري إلى أتباعه وفروعه تحقيقا للإحالة والتبعية والحق متى تعلق بالعين صورة لا بالمعنى وهو القيمة لا يسري إلى ولده وبدله؛ لأن الحق ثابت في الأصل من وجه دون وجه فلا يسري بالشك.

ولو أوصى بعتق أمته أو ببيعها من فلان فالولد والكسب والعقر والأرش قبل الإعتاق والبيع للورثة لأنها بقيت على حكم ملك الميت؛ لأن الوصية بالعتق والبيع لم تصر منفذة في الأصل ولكن وجب تنفيذها بالإعتاق والبيع فيعلق الحق بها صورة لا معنى فصار فروعها ملكا للورثة، ولهذا لو قتلها عبد فدفع لها فالعبد المدفوع للورثة ولا يعتق ولا يباع، ولو أوصى بأن يتصدق بها أو يوهب لفلان أو يباع لهما ويتصدق بثمنها يجب تنفيذ الوصية في ولدها وبدلها وهو الأرش والعقر لا في الكسب؛ لأن الوصية بالصدقة والهبة يجب تنفيذها بحق الموصى له وهذا حق متعلق بالعين والمعنى وهو القيمة، ألا ترى أنها لو قتلها عبد يجب تنفيذ الوصية في بدلها وهو العبد المدفوع بها أو الفداء فكذلك في ولدها وبدل جزئها؛ لأن الحق متى ثبت في الأصل من كل وجه يسري إلى فروعه وأتباعه والولد متفرع متولد عنه والبدل قائم مقامه والكسب ليس بمتولد عنه ولا بدله فلا يسري إليه والوصية ببيعها والتصدق بثمنها وصية بالصدقة دون البيع، ألا ترى أن الوصي لو تصدق بها على المساكين ولم يبعها جاز، وكذا لو نذر أن يبيع جاريته هذه ويتصدق بثمنها فتصدق بعينها ولم يبعها جاز، لأن التزام البيع بالنذر لا يجوز وإنما يجوز التزام التصدق بالنذر فصحة هذا النذر دليل على أن المقصود في الوصية هو التصدق دون البيع.

(**المنتقى**): ولو أوصى بأن يشتري عبد أبيه فيعتق عنه قال أبو حنيفة: الوصية باطلة لأنها وصية للوارث لأنها وصية بشري عبده أولا ثم بالعتق ثانيا، وقال أبو يوسف الوصية صحيحة فيشتري بقيمته فيعتق، وإن كان الوارث باعه من أجنبي بعد موت الموصي قال أبو حنيفة: الوصية باطلة؛ لأنه مات والعبد في ملك الوارث فيكون وصية بشراء عبد وارثه فكانت الوصية للوارث، وقال أبو يوسف: يشتري بقيمته فيعتق عنه، ولو أوصى أن يشتري عبد فلان قال يشتري بقيمته لا بما زاد عليها، فإن أبى مولاه أن يبيعه يرد ثمنه إلى الورثة وإن قال اشتروا فلان فأعتقوه فأبى مولاه أن يبيعه حبس ثمنه حتى يموت العبد أو يعتق؛ لأن هذه وصية بالشراء والعتق بالشراء إن تعذر فالعتق موهوم متصور فبقيت الوصية بالعتق فيوقف ثمنه لقيام الوصية بخلاف الأول؛ لأنه وصية بالشراء لا غير، فإذا عجزوا عن شرائه بإباء مولاه بطلت الوصية. رجل قال أوصيت بأن عبدي هذا حر قال هذه وصية بالعتق وإنما يعتق بعد موت المولى؛ لأن الإيصاء تعليق الموصى به بالموت فصار كأنه قال إن مت فعبدي هذا حر.

(**الفتاوى**): ولو أوصى بأن يعتق عنه أمة ويعطي لها من ثلث ماله، فإن كانت الأمة معينة جاز لها الوصية بالعتق والمال وإن لم تكن معينة جازت الوصية بالعتق لا بالمال؛ لأن الوصية بعتق أمة مجهولة مبهمة جائزة والتعيين إلى الورثة والوصية بالمال المجهول لا يجوز إلا أن يقول جعلت ذلك مفوضا إلى الوصي إن أحب أعطاها فيجوز كقوله ضع مالي حيث أحببت ولو أوصى بأن يشتري بكذا كذا درهما ويعتق وله عبيد لا يجوز أن يعتق من العبيد الذي عنده بخلاف ما لو أوصى بأن يشتري بكذا كذا حنطة ويفرق على المساكين وعنده حنطة يجوز أن يفرق تلك الحنطة التي عنده على المساكين والفرق أن شرط الموصي يعتبر ما كان مقيدا والشرط في العتق مقيد؛ لأن القربة في الإعتاق مما يختلف باختلاف الرقاب، فإن القربة في تحرير رقبة كثير القيمة أكثر من تحرير رقبة قليل القيمة وشرطه في الحنطة غير مفيد؛ لأن المقصود من التصدق بالحنطة إغناء الفقير وسد خلته ورد جوعته وذلك لا يختلف فلا يعتبر شرطه، ولو قال أعتقوا عني عبدًا قيل للوصي أن يعتق

العبد الذي كان في ملكه وقت الموت أو يبيعه وشراء عبدٍ آخر؛ لأنه أمره بإعتاق رقبة مطلقة، وقيل لا يجوز أن يعتق العبد الذي كان في ملكه وقت الموت؛ لأنه أمره بإعتاق عبد منكر وما في ملكه عبد معرف والمنكر لا يتناول المعرف.

(الجامع) مسائله على فصول:

أحدها: في دعوى العبد العتق في مرض المولى.

والثاني: في الوصية بعتق مبهم أو بأحدهما لرجل معين.

والثالث: في إقرار الوارث بعتق مبهم بعد جحوده له.

(فصل)

أصله: أن الوصية بالمال تحتمل الرد والنقص وإن لاقت حق الغير إلا أن اعتبار ذلك الغير. والوصية بالعتق لا تحتمل الرد والنقص وإن لاقت حق الغير؛ لأن الإعتاق الصادر من مالك مكلف لا يحتمل الرد والنقص؛ لأن الحرية لازمة نافذة غير محتملة للرفع ولا منتقصة فيستسعى العبد ليكون ردا للوصية معنى، وإذا مات عن ابن وثلاثة أعبد قيمهم سواء فادعى أحدهم أنه أعتقه في مرضه فاستخلف الابن فنكل قضي بعتقه لا بسعاية الأب لأن النكول بمنزلة الإقرار أو البذل دلالة فصار الوارث بالنكول مقرًا بالعتق أو بإدلاله شريعة فيقضى بعتقه بلا سعاية؛ لأنه يخرج من ثلث ماله بالكلية، فإن ادعى الثاني مثل ذلك فنكل له عتق ويسعى في قيمته، وكذلك الثالث بين النكول والإقرار، فإنه لو أقر بذلك صريحا والمسألة بحالها يعتق من الثاني نصفه بغير سعاية ومن الثالث ثلثه بغير سعاية والفرق أنه متى أقر بذلك صريحا وفصيحا يعتق الثاني فقد زعم أن الثلث بينهما نصفان؛ لأنه بإقراره للأول استهلك نصف الثلث طوعا واختيارا وصار ضامنا؛ لأن الثلث صار مسلما للأول بإقراره مختارا بغير قضاء وإخبار فنصف الثلث فات إلى خلف فكان قائمًا بمعنى واعتبارا ومتى أقر بالعتق للثالث فقد زعم أن الثلث بينهم أثلاثًا، فإنه استهلك ثلثي الأول بإقراره إفصاحا. فأما النكول ليس بإقرار اختيارًا بل صار إقرارا حكمًا واعتبارًا فصار حجة بالقضاء جبرًا واضطرارا فصار الثلث مسلما إلى الأول ومستحقا له بالقضاء لا بنكوله فحين قضى لهما لم يكن للميت ثلث بل صار مستحقا له بالقضاء

للأول فيلزمهما السعاية في الكل، وإن كان الأول ادعى عند حكمٍ حكّماه والمسألة بحالها عتق الثاني كله بلا سعاية، وكذلك الثالث إذا ادعى عند حكمٍ حكّماه أيضًا؛ لأن حكم الحكم نفذ في حقهما لا في حق غيرهما؛ لأن للحكم ولاية على المحكمين لا على غيرهما فكانت ولايته قاصرة عليهما فلم يصر الثلث مستحقا للأول في حق الثاني والثالث فكان قائمًا لا متلفا في حقهما، فأما قضاء القاضي صدر عن ولاية كاملة ورعاية شاملة على الكافة فنفذ قضاؤه للأول في حقهما فصار الثلث تالفا وتاويًا في حقهما، ولو ادعى الأول عند حكمٍ حكّماه فقضى بعتقه بالنكول ثم رفع الثاني الوارث إلى قاضٍ فنكل عنده عتق الثاني بلا سعاية؛ لأن حكم الحكم لم ينفذ في حق الثاني فصار كأن الأول قائم رقيقًا لا عتيقا مستهلكا، فإن رفعه الثالث إلى قاضٍ أو إلى حكم حكماه فنكل له عتق أيضًا بلا سعاية قيل إذا أعتق الثاني عند قاضي مولى سعى الثالث في كل قيمته وتأويل ما ذكره أن الثالث رفعه قبل رفع الثاني؛ وذلك لأن القاضي لما قضى بالعتق للثاني صار الثلث مستحقا ومسلما له بالقضاء الصادر عن ولاية كاملة النفاذ في حق الكافة فحين يقضي للثالث لم يبق للميت ثلث فيجب أن يعتق بالسعاية. فأما إذا رفعه الثالث قبل رفع الثاني لم يصر الثلث مستحقا ومسلما للأول وللثاني أيضًا؛ لأن حكم الحكم لم ينفذ في حقهما فيبقى للميت ثلث في حق الثالث فيعتق بلا سعاية.

(فصل)

أصله: أن جهالة الموصى به مع خيار التعيين للورثة لا يمنع جواز الوصية؛ لأن مثل هذه الجهالة لا يمنع جواز البيع والوصية أسرع جوازا وأقرب نفاذا من البيع فلما لم يمنع جواز البيع فلأن لا يمنع جواز الوصية أولى.

ثم المسائل على قسمين:

أحدهما: في الوصية بأحد العبدين.

والثاني: في الوصية بأحدهما وهو زوج بنته.

أما القسم الأول: ولو ترك عبدين يخرجان من الثلث ووارثين فأوصى بأحدهما لرجل أجبرا على أن يجتمعا على واحد؛ لأن الوارث قائم مقام المورث في ملك أحد العبدين؛ لأنه غير موصى به فكان له خيار التعيين بخلاف ما إذا أعتق عبديه ثم

مات قبل البيان لا يثبت للوارث خيار التعيين؛ لأن الوارث لم يملك أحد العبدين؛ لأن بالموت شاع العتق فيهما فصار كل واحد منهما بمنزلة المستسعي والمكاتب، والمكاتب لا يورث فلم يقم مقام المورث في البيان، فإن أعتق الموصى له العبدين ثم عين الوارث أن له واحدًا أعتق أيهما كان؛ لأن أحد العبدين صار ملكا له؛ لأن جهالة الموصى به لا يمنع جواز الوصية مع خيار التعيين للورثة فأحدهما ملكه بيقين وتوقف عتقه على ظهور ملكه في أحدهما؛ لأنه لما أعتقهما فقد جمع بين عبده وعبد غيره في العتق فصح عتقه فيما يملك إلا أنه مجهول فتوقف نفوذه على تعيين ملكه كمن اشترى عبدين كل واحد بثمن مسمى على أنه يختار أحدهما ويرد الآخر، ثم البائع أعتقهما صح العتق في أحدهما؛ لأن أحدهما ملكه بيقين وتوقف نفوذ عتقه على ظهور ملكه في أحدهما فكذا هذا، وإن أعتق واحدًا بعينه ثم عيناه له لم يعتق؛ لأن أحدهما بعينه غير مملوك له بل هو محتمل متردد؛ لأن الوصية بأحدهما ليست بسبب لثبوت الملك في أحدهما بعينه بل هو متردد؛ لأن الوصية بأحدهما متمثل بين أن يقيد الملك في هذا أو في الآخر عند تعيين الوارث فلم يصادف العتق ملكه ولا حصل عقيب سبب الملك فلغى بخلاف ما لو أعتق المشتري أحدهما بعينه في خيار التعيين ينفذ العتق؛ لأن خيار التعيين ثابت للمشتري وكان إقدامه على إعتاق أحدهما بعينه تعيينا منه للمبيع فتعين ملكه أولا تصحيحًا لإعتاقه وتحريا لجوازه فعتقه صادف ملكه لاحقا وهنا ولاية التعيين ثابتة للورثة لا للموصى له فلا يصح منه التعيين فلم يتعين ملكه فيه فلم يصادف عتقه ملكه، ولو كان الميت أوصى بعتق أحدهما فاختار كل وارث واحدا معا أو متعاقبا يجبران على الاجتماع على واحد لأنهما لم يجتمعا على تعيين الوصية في أحدهما بل تفرد أحدهما بالتعيين وليس له التفرد بالتعيين، ولو أعتق كل واحد منهما عبدًا عن الميت متعاقبا عتق الأول عن الوارث والآخر عن الميت ويضمن نصيب شريكه إن كان موسرا؛ لأنه لا يعتق العبد الأول عن الميت ما لم يجتمع الوارثان أولًا على تعيين الوصية فيه ولم يجتمعا على تعيين الوصية فيه فلغى قوله عن الميت فبقي قوله أعتقت.

ولو قال: أعتقت هذا العبد يعتق عنه لأنا تيقنا بنفاذ عتقه؛ لأنه إن كان موصى بعتقه ينفرد أحد الوارثين بإعتاقه، وإن لم يكن موصيا بعتقه كان موروثا بينهما وكان عبدًا مشتركًا بينهما فصح عتقه ويضمن نصيب شريكه إن كان موسرا، وإذا عتق الأول عن الوارث تعين الثاني للوصية ضرورة؛ لأنه لم يبق للثاني مزاحمة في الوصية وإذا تعين الآخر للوصية بعد عتقه عن الميت؛ لأن أحد الوارثين ينفرد بالإعتاق عن الميت ولا ينفرد بالتعيين؛ لأن التعيين يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير أيهما أصلح للوصية والإعتاق لا يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير، ولو أعتق كل واحد منهما عبدًا بعينه عن الميت معا أجبرا أن يجتمعا على أحدهما عن الميت، فإذا اجتمعا عتق عن الميت والآخر عمن أعتقه ويضمن نصيب شريكه إن كان موسرا لأنا تيقنا بنفاذ عتق كل واحد منهما لما ذكرنا إلا أنه لا يدري المعتق عن الميت من المعتق عن الوارث وحكمهما مختلف فلا بد من البيان فيجبران على البيان، ولو لم يعتقا ولكنهما عينا أحدهما ليعتقاه عن الميت ثم رجعا وعينا الآخر لم يكن لهما ذلك ويعتق الأول عن الميت؛ لأن تعيينهما كتعيين الميت لقيامهما مقامه، ولو عين الميت أحدهما للوصية ثم أراد أن يعتق الآخر للوصية لا يقدر لما فيه من إبطال حق المعتق في الوصية فكذا هذا، فإن أعتق أحدهما الأول الذي عيناه صح عتقه عن الميت؛ لأن أحدهما ينفرد بالعتق، وكذلك لو أعتقه وصي الميت بعدما عيناه؛ لأنه مأمور بتنفيذ الوصايا، وإذا أوصى بعتق عبده وهو يخرج من الثلث لم يعتق بقرابته من الوارث ولا من الوصي؛ لأن القريب لا يملك العبد الموصى بعتقه فأيهما أعتقه جاز عتقه عن الميت ولا يعتق بتعليق الوصي عتقه بشرط أو إضافة إلى وقت مستقبل ويعتق بمثل ذلك من الوارث إذا جاء الشرط ويكون عتقًا عن الميت والفرق أن الوصي ثابت محض؛ لأنه مأمور بتنفيذ الوصية والتنجيز بتنفيذ الوصية؛ لأنه إعتاق للحال. فأما التعليق ليس بإعتاق للحال بل تصرف يمين لا يصح بدون الملك فلم يصح فلا يكون تنفيذا للوصية فالوارث مالك للعبد من وجه بدليل هذا العبد وهو الدية والأرش والعقر يجب للوارث وملك البدل يستدعي سابقة ملك المبدل إلا أن الوصية بإعتاق هذا العبد يمنع وقوع حقيقة الملك للوارث مع انعقاد

سببه حتى لا يقدر على إبطال حق العبد والمولى في الوصية وليس في تعليق عتقه بالشرط ليقع العتق عن الميت إبطال الوصية فظهر الملك للوارث في حقه فيملك التنجيز والتعليق نظيره الوارث في مكاتب مورثه يملك التنجيز والتعليق؛ لأنه ظهر ملكه فيهما كما للمورث فكذا هذا.

وأما **القسم الثاني**: لو زوج بنته من عبده برضاها وأوصى بالعبد لرجل وهو يخرج من الثلث ثم مات لم يفسد النكاح ولم يعتق على الموصى له إن كان قريبه حتى تقبل الوصية أو يموت قبل ردها؛ لأن البنت لم تملك شيئًا من رقبة زوجها؛ لأن العبد الموصى به يخرج من ثلث ماله فبقي العبد موقوفا على حكم ملك الميت إن قبل الموصى له الوصاية انتقل العبد من ملك الميت إلى الموصى له وموته قبل رد الوصية بمنزلة القبول، وإن كان قريب العصبة عتق عليهم إذا رد الموصى له الوصية؛ لأنه دخل في ملكهم، وإن كان لا يخرج من الثلث فسد النكاح لأنها ملكت شيئًا من رقبة زوجها لما لم يقبل الموصى له الوصية.

ولو أوصى بعتق العبد ولا مال له غيره لم يفسد النكاح وسعى للورثة في حصتهم إذا أعتقوه لأنها ما ملكت شيئًا من رقبة زوجها؛ لأن الوصية بالإعتاق لا تبطل برد العبد بل يعتق شاء أو أبى وربما ملكت السعاية على زوجها فهذا لا يفسد، ولو كانت البنت لم تأخذ مهرها فلها أن تبطل الوصية ويباع العبد في مهرها ولا يفسد النكاح وما فضل من ثمن العبد فهو ميراث؛ لأن مهرها وجب في رقبة زوجها بإذن مولاه والدين مقدم على الوصية وقبل البيع الوصية بالعتق قائمة وهي تمنع وقوع الملك لها في رقبة زوجها وبعد البيع إن بطلت الوصية إلا أن العبد صار ملكا للمشتري فلم تملك المرأة شيئًا من رقبة زوجها ولو لم يكن عليه مهرها وكان على الميت دين مثل قيمة العبد أو أكثر بيع فيه ولا يفسد النكاح لأنها لا تملك شيئًا من رقبة العبد؛ لأن قبل البيع الوصية بالعتق تمنع وقوع الملك للورثة وبعد البيع الدين المستغرق يمنع وقوع الملك للورثة، وكذلك صيرورته ملكا للمشتري، وإن رده المشتري بعيب بقضاء عاد الأمر إلى ما كان؛ لأن البيع انفسخ بالرد بقضاء في حق الدائنين كافة فعاد الأمر إلى الحال الأول وسببه وإن رده بغير قضاء سقط دين

الميت بوجه ما بطلت وصية العبد وفسد النكاح وهذا بيع جديد وعقد حديث في حق الثالث، وكذلك لو لم يكن على الميت دين وجنى العبد جناية فدفعوه وبطلت الوصية أو فدوه لم يفسد النكاح لأن بالفداء طهر العبد عن الجناية وصار كأنه لم يجن ولو لم يجن كانت لا تملك شيئًا من رقبة زوجها؛ لأنه موصى بعتقه وبالدفع أن بطلت الوصية ولكنه صار ملكا للمدفوع إليه فلم تملك شيئًا من رقبة زوجها، ولو كان العبد موصى به لرجل وعلى العبد دين محيط ولا مال له سوى العبد فسد النكاح؛ لأن دين العبد لا يمنع وقوع الملك للورثة في رقبته؛ لأنه كان مملوكا للمولى مع كون رقبته مستغرقة بدين العبد فكذلك يجب أن يصير مملوكا للوارث؛ لأنه قائم مقام المورث في الملك من غير تحديد سبب.

(فصل)

وإذا مات عن ثلاثة أعبد قيمهم سواء ووارث واحد فقال لأحدهم لم يعتقك الميت ثم قال بل أعتقك ثم قال للثاني والثالث مثله عتقوا بلا سعاية؛ لأنه لما أنكر عتقه أولا فقد زعم أن الميت لم يوص له برقبته فلما قال بل أعتقك فقد أقر أنه أوصى له برقبته؛ لأن العتق في مرض الموت وصية والإقرار بعد الإنكار صحيح فعتق الأول بلا سعاية؛ لأنه يخرج من ثلث ماله وإقراره لم يصح في حق الثاني والثالث؛ لأن الثاني يقول له عتق الأول من جهتك لا من جهة الميت لما أقررت له بالوصية بعدما أنكرت فكان مضمونا عليك فصار كأن الأول قائم في بدل حكما لقيام بدله والثالث قائم في يده حقيقة والثاني يخرج من الثلث حين أقر له بالعتق فيعتق بلا سعاية، وكذلك بقوله الثالث، وكذلك لو بدأ بالإقرار بالعتق ثم بالإنكار؛ لأن الإقرار لا يبطل بالإنكار بعده، ولو قال لهم جميعًا: لم يعتقكم ثم قال: بل أعتقكم جميعًا، سعَوا في ثلثي قيمتهم استحسانًا وعتقوا بلا سعاية قياسًا؛ لأنه لما أنكر عتق كل واحد منهم ثم أقر بعتقهم فقد احتط كل واحد منهم حطا من الإنكار والإقرار فصار كما لو أفرد كل واحد بالإنكار والإقرار على التعاقب. وجه الاستحسان: أنه وجد الإقرار بالعتق والإنكار لكل واحد منهم معا بكلمة واحدة فأمكن أن يجعل مقرا لكل واحد بالوصية له من جهة الميت؛ لأن الإقرار بعتق الكل

حصل بكلمة واحدة في حالة واحدة فصار مقرا للكل بالوصية في حالة واحدة فلم يصر مستهلكا شيئًا لصاحبه حتى يجعل صاحباه كالقائم في يده حكمًا فكان الثلث بينهم أثلاثًا فيعتق من كل واحد ثلثه ويسعى في ثلثيه، وكذلك لو قال أعتقكم الميت ثم قال لم يعتق أحدًا منكم، ولو قال أعتقكم ثم قال لم يعتق هذا سعى في ثلث قيمته وكل واحد من الباقين في نصف قيمته؛ لأنه لما أقر بعتقهم جميعًا من جهة الميت فقد زعم أن ثلث ماله وذلك رقبة واحدة بينهم أثلاثًا فعتق من كل واحد ثلثه بإقرار الوارث فلما أنكر بعتق أحدهم بعينه فقد أقر أن الميت بين صاحبي المجحود نصفان ولا شيء للمجحود من الوصية فقد أقر لصاحبي المجحود بزيادة عتق وهو الثلث ورجع عما أقر للمجحود بالعتق وإقراره بالزيادة لصاحبي المجحود يصح؛ لأنه على نفسه ورجوعه عن الإقرار للمجحود لم يصح؛ لأنه على غيره وإن قال لآخر بعده لم يعتقك عتق الثالث بلا سعاية وسعاية الأول والثاني على حالها؛ لأنه لما أنكر عتق الثاني فقد زعم أنه لا حظ للمجحود من الوصية وأنهما عبدان مملوكان للميت والثلث كله للثالث وإقراره بالزيادة للثالث صحيح ورجوعه عن الإقرار للمجحودين بالعتق لم يصح فيعتق الثالث كله بلا سعاية ومن المجحود الأول ثلثه ومن المجحود الثاني نصفه وما عتق من المجحودين كالقائم في حق الثالث لأنهما عتقا من جهة الوارث لأنهما عتقا بإقراره فكانا مضمونين على الوارث فكانا كالقائمين بقيام بدلهما، ولو قال أعتقكم ثم قال لم يعتق هذا ولا هذا ولا هذا أعتقوا وسعى كل واحد في ثلثي قيمته؛ لأنه جمع بين العبيد في الإنكار بحرف الجمع والمجموع بحرف الجمع كالمجموع بلفظ الجمع كما في حق الإقرار بالعتق لو قال عتق هذا وهذا وهذا عتق من كل واحد ثلثه وسعى في ثلثيه فكذلك في الإنكار، ولو قال يا هذا لم يعتقك الميت وسكت ثم قال لآخر كذلك ثم قال أعتقكم ويسعى كل واحد في ثلثي قيمته؛ لأنه أنكر عتقهم قبل الإقرار بعتقهم معنى فصار كما لو أنكر عتقهم حقيقة ثم أقر بعتقهم جميعًا فالجواب كذلك فكذا هذا.

هذا كله إذا جمع بينهم في الإقرار والإنكار، وأما إذا أفرد كل واحد بالإقرار والإنكار فهو على قسمين إما أن بدأ بالإنكار ثم الإقرار أو على عكسه. أما القسم

الأول: لو أنكر عتق واحد بعد واحد ثم قال لواحد أعتقك وسكت ثم قال للثاني والثالث كذلك عتق كل الأول ونصف الثاني وثلث الثالث؛ لأن إنكار عتقهم على التعاقب كإنكار عتقهم معا ثم أقر بعتق كل واحد منهم على التعاقب؛ لأنه في الحالين جميعًا أنكر عتقهم قبل الإقرار بعتقهم، ولو أنكر عتقهم معا ثم أقر بعتق كل واحد منهما على التعاقب فكذلك الجواب فكذا هذا وهذا؛ لأنه لا عبرة لإنكار عتقهم معا؛ لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه في الإنكار فسقط اعتبار الإنكار وحكم بالإهدار، ولو عدم الإنكار ووجد الإقرار بالعتق على التعاقب يعتق من الأول كله؛ لأنه خرج من الثلث عند الإقرار ولما أقر بالعتق للثاني فقد زعم أن الثلث بينه وبين الأول نصفان فصح إقراره بالعتق؛ لأنه على نفسه ولم يصح بإبطال بعض ما ثبت من العتق الأول؛ لأنه على غيره فبقي عتق الأول ماضيًا نافذا كما كان ثابتا وعتق من الثاني نصفه لإقرار الوارث أن نصفه الأول عتق بإقراره لا من جهة الميت فيكون كالقائم في يده، ولما أقر للثالث فقد زعم أن الثلث بينهم أثلاث فصح إقراره للثالث ولم يصح على الآخرين؛ لأنه يتضمن إبطال بعض عتقهما.

وأما **القسم الثاني**: لو أقر بالعتق مفردًا لكل واحد مفردًا متعاقبا ثم أنكر عتقهم متعاقبا عتق الأول كله بلا سعاية؛ لأنه خرج من الثلث حالة الإقرار بالعتق له والإنكار بعده رجوع عن الإقرار فلا يصح ثم ينظر في الإنكار، فإن بدأ بإنكار الثاني عتق نصفه لا غير ونصف الثالث؛ لأنه لما أنكر الوصية للثاني أولا فقد زعم أن الوصية بين الأول وبين الثالث نصفان إلا أنه لم يصح رجوعه بالإنكار فبقي عتق نصفه ماضيًا وعتق نصف الثالث؛ لأنه أقر وزعم أن نصف الثالث له فمتى بنى بإنكار الثالث لم يعمل شيئًا؛ لأنه زعم أن لا وصية له ورجع عما أقر له فإن الثلث كله للأول لأنه لم يبق محلا للوصية إلا الأول لأنه أنكر الثاني أولًا فيكون مقرًّا وصية الثاني بإنكار عتق الثالث فلم يصح رجوعه عن عتق الثالث فبقي عتقه ماضيًا، وإن بنى بإنكار الأول عتق الثالث كله؛ لأنه لما أنكر عتق الثاني والأول فقد زعم أن لا وصية لهما، فإن ما عتق منهما عتق من جهته لا من جهة الميت فيجعل كالقائمين في يده باعتبار زعمه فيعتق الثالث كله باعتبار زعمه ولا يزداد للثاني على نصف

حريته بإنكار الأول؛ لأن إنكار الثاني كان سابقا على إنكار الأول فلا يكون مقرا للثاني بزيادة شيء، ولو بدأ بالثالث وثنى بالثاني وثلث بالأول لم يستفد الثاني والثالث زيادة على نصف حريته أو ثلث حريته لأنهما لما أنكر وصيتهما فقد زعم أن الثلث كله للأول وهذا ثابت للأول من قبل فلما ثبت الأول فأنكر عتقه لم يصر مقرا بهذا الإنكار للثاني ولا للثالث بشيء؛ لأن إنكارهما كان سابقا، وإن ثنى بالأول وثلث بالثاني وبدأ بالثالث عتق الثاني كله؛ لأنه لما بدأ بإنكار الثالث فقد زعم أنه لا وصية للثالث، وأن الوصية بين الأول والثاني نصفان فكان مقرا للثاني بنصف حرية وقد نال هذا من قبل فلما ثنّى بالأول وأنكر عتقه فقد زعم أن الوصية كلها للثاني؛ لأنه أنكر الوصية للأول والثالث فلم يبق للوصية محل غير الثاني فعتق نصفه الآخر بزعمه، ولو بدأ بإنكار الأول وثنى بالثاني وثلث بالثالث عتقوا بلا سعاية.

وذكر الفقيه أبو بكر البلخي: يجب أن يعتق من الثاني نصفه ويسعى في نصفه؛ لأن الأول قد عتق كله بإقراره بالعتق أول مرة فلما بدأ بإنكار الأول فقد رجع عما أقر له من العتق وأقر بأن العتق بين الثاني والثالث نصفان ورجوعه لم يصح وإقراره بنصف العتق غير مفيد؛ لأنه نال نصف الحرية من قبل فلم يصر مقرا للثاني بزيادة عتق، فلما ثنى بإنكار الثاني فقد زعم أن الثلث كله للثالث؛ لأنه لم يبق للوصية محل سوى الثالث فيعتق الثالث كله فلما ثلث بإنكار الثالث لم يستحق الثاني لهذا الإنكار شيئًا؛ لأن إنكار الثاني كان سابقا على إنكار الثالث فثبت أن الصحيح ما قلناه في حق الثاني وما ذكره محمد جواب القياس لا جواب الاستحسان، والله تعالى أعلم.

(باب الوصية بعتق [النسمة][(١)])

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: في الوصية بعتق نسمة غير معينة.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): القسمة له.

والثاني: في الوصية بعتق نسمة معينة.

والثالث: في الوصية ببيع عبده نسمة فيشتري بثمنه نسمة فيعتق عنه.

(فصل)

ولو أوصى بأن يعتق عنه نسمة بمائة وثلثه أقل من مائة لم يعتق عنه عند أبي حنيفة، وعندهما يعتق بالثلث.

لهما: أن الوصية يجب تنفيذها ما أمكن ولا يجوز السعي لإبطالها؛ لأنه يحتال لإثبات القربات لا لإبطالها وقد أمكن تنفيذها من الثلث إلا أنه قيد الوصية بمائة لظنه أن ثلث ماله مائة أو أكثر أو يزيد ماله قبل موته حتى يصير الثلث مقدار مائة أو في زعمه أنه يجبر الورثة لكن إذا لم يجبروا يكون قصده تنفيذ الوصية من الثلث لا إبطالها فيجب تنفيذها من الثلث تصحيحًا لقصده، له: أن هذه الوصية وكالة محصنة لأنها توكيل بإزالة ملكه فلا يكون عقد استخلاف وإثبات ولاية، والتوكيل بعد الوفاة معتبر بالتوكيل حالة الحياة، ومن وكّل رجلًا حال حياته أن يشتري له نسمة بمائة فاشترى بخمسين صار مخالفا وكان مشتريا لنفسه فكذلك بعد الوفاة متى لم يمكنه الشراء بما سمى بطلت الوصية فصار كما لو أوصى بأن يشتري له نسمة تركية بمائة فلم يجد نسمة تركية بمائة بطلت الوصية فكذا هذا، بخلاف ما لو أوصى أن يحج عنه أو يتصدق عنه بمائة وثلث ماله أقل من مائة يحج ويتصدق عنه بما يبلغ؛ لأن الحج والصدقة غير متنوع بل نوع واحد فيقدر ما أتى يكون آتيًا ببعض المأمور به وتاركا للبعض فصار ممتثلا للأمر في البعض فلا يكون مخالفًا.

وذكر في (**الجامع الصغير**): لو أوصى بعتق نسمة بثلث ماله ففعل الوصي ثم لحقه دين استوفى الثلثين فالعتق عن الوصي، وكذلك لو كان وصيا نصبه القاضي بمثله لو كان القاضي فعل ذلك أو أمينه ثم ظهر الدين بطل العتق ولا يكون القاضي وأمينه مشتريا لنفسه والفرق أن للقاضي أن يتصرف في مال الميت على سبيل النظر والمصلحة لاستنماء المال واسترباحه من غير أمر الميت فأمكن تنفيذ شرائه على الميت؛ لأن الميت رضي بتصرف القاضي العدل في ماله ما لم يوص إلى أحد فأما ليس لوصي القاضي ووصي الميت ولاية التصرف في ماله بغير أمره بطريق النظر

والمصلحة وقد خالف أمر الميت؛ لأن الوصية إنما تصح بثلث من ماله الفارغ الفاضل عن دينه وهو اشترى بجميع ماله الفارغ عن دينه فقد خالف أمره فلا يمكن تنفيذه على الميت وأمكن تنفيذه على نفسه فصار مشتريا لنفسه كالوكيل إذا خالف.

(فصل)

ولو أوصى أن يشترى عبد فلان فيعتق عنه نسمة، فإنه يشترى من ثلثه، فإن امتنع صاحبه من البيع توقف الثلث حتى يموت العبد أو يشترى؛ لأن تنفيذها موهومة ما دام العبد حيا، فإنه يجوز أن يبيعه صاحب العبد أو يموت فيبيعه الورثة فلم تبطل الوصية، فإذا مات العبد وقع اليأس عن تنفيذ هذه الوصية فبطلت.

ولو أوصى بأن يشتري له نسمة لهذه المائة بعينها فيعتقها عنه فاشترى فأعتق ثم استحقت تلك المائة أو بعضها، فإنه يعتق عن الوصي وتكون المائة دينا عليه؛ لأنه أمره بأن يشتري نسمة بثلث ماله ولما استحقت المائة أو بعضها بحيث لا يخرج مائة من ثلث ماله ظهر أنه صار مشتريا بأكثر من ثلث ماله فصار مخالفًا، ولأنه لما استحقت المائة ظهر أن الوصية كانت باطلة؛ لأنه ظهر أن الوصية لاقت ملك الغير وإذا بطلت الوصية صار الوصي مشتريا لنفسه وصار معتقًا عن نفسه.

(فصل)

ولو أوصى بأن يباع عبده نسمة له فيشترى بثمنه عبدًا فيعتق عنه، فباع الوصي العبد واشترى بثمنه عبدًا فأعتقه ثم وجد بالأول عيبًا فرد على الوصي ضمن الثمن؛ لأنه عاقد وقابض للثمن وحقوق العقد راجعة إليه، فإذا باعه ثانيا من آخر، فإن باع بالثمن الأول جاز العتق عن الميت، وإن باع بأكثر أو أقل كان العتق عنه ويعتق عن الميت عتقًا آخر بثمنه؛ لأنه لما باع بالثمن الأول فقد ظهر أنه اشترى النسمة بمثل ثمنه فصار ممتثلًا أمر الموصي إلا أنه نقد الثمن من ماله والوكيل بالشراء إذا نقد الثمن من مال نفسه كان له أن يأخذ ما نقد من مال الموكل إذا ظفر به وإذا باع بأكثر أو بأقل فقد ظهر أنه كان مأمورا بشراء نسمة بمائة وعشرة وقد اشترى بمائة مع

إمكان الشراء بمائة وعشرة فصار مخالفا بخلاف الوكيل. يشتري نسمة بمائة فاشتراه بأقل وهو يساوي مائة لا يصير مخالفا والوصي يصير مخالفا؛ لأن مقصود الموصي تحصيل الملك وإحراز الثواب؛ لأن هذه الوصية قربة موضوعة لاستجلاب الثواب فمتى كان الثمن أكثر وأفضل كان الثواب أجزل وفي الوكيل المقصود تحصيل الملك واكتساب المال والربح وقد حصل ذلك بالأقل، وإذا وقع العتق عن الوصي يشتري بالثمن نسمة أخرى فيعتق عنه؛ لأن الوصية لم تنفذ بعد وهذا إذا رد العبد بالقضاء؛ لأنه فسخ في حق الكل فعاد العبد إلى قديم ملك الميت فكان ثمن الثاني ثمن عبده، فأما إذا رد بالتراضي يصير هذا العبد له ويعتق العبد الأول عن الميت؛ لأن الرد بالتراضي شراء جديد في حق غير المتعاقدين فصار كأنه اشترى هذا العبد لنفسه شراء جديدًا، ولو استحق الأول كان العتق عن الوصي ولا يرجع على الورثة؛ لأنه ظهر أن الأمر بالبيع لا في ملك الغير فلم يصح فصار بائعا بغير أمره وصار مشتريًا نسمة بغير أمره فصار مشتريًا لنفسه.

ولو أوصى ببيع عبده والتصدق بثمنه فباعه الوصي ثم استحق العبد فضاع الثمن في يد الوصي قبل أن يتصدق ضمن ويرجع به على الورثة، وقال أبو حنيفة: أولًا لا يرجع؛ لأن الآمر لاقى ملك الغير فلم يصح فصار عاملا بغير أمر. وجه ظاهر الرواية أن الأمر صحيح متى لم يعلم المأمور بفساد الأمر نفيا للضرر عنه؛ لأنه عمل معتمدًا على أمره ممتثلا لشأنه فصار مغرورا من جهته فلو لم يرجع عليه يتضرر به، وكذلك لو أوصى ببيع عبده وقضى ديونه من ثمنه فباعه الوصي وقضى دينه ثم استحق العبد يرجع.

ولو أوصى بأن يعتق عنه نسمة وأوصى لآخر بالثلث، فإن الثلث يقسم على الثلث وعلى أدنى ما يكون من قيمة النسمة فما أضاف إليه فهو له وما أصاب النسمة أعتق به نسمة؛ لأنه اجتمع في الثلث وصيتان فضاق الثلث عن إيفائهما فيجب قسمة الثلث عليهما كما لو أوصى لرجل بالثلث ولآخر يعيد ماله ويعتبر في النسمة الأولى الأدنى؛ لأنه يتناوله مطلق الاسم وأنه متيقن كما في تحرير الرقبة في باب الكفارة.

ولو أوصى بأن يباع عبده نسمة بيع كذلك وتصح هذه الوصية؛ لأن هذه الوصية واقعة للعبد؛ لأن البيع نسمة هو البيع ممن يشتري للعتق وهو معلوم في عرفهم وفيه منفعة عظيمة للعبد فكانت الوصية واقعة له معنى ولأن البيع نسمة سبب لعتقه والعتق قربة وما يتوصل إلى القربة قربة والوصية بما هو قربة وصية لله تعالى فصار كما لو أوصى أن يعتق نسمة بعد وفاته ثم إن وجد إنسانا يشتريه للعتق بمثل قيمته باعوه منه وإن لم يجدوا من يشتريه نسمة حط من ثمنه مقدار الثلث؛ لأنه لا يشتري للعتق إلا أن يحط عنه من ثمنه شيء فيثبت الرضا بالحط دلالة فيجب الحط تنفيذا للوصية؛ لأن تنفيذ الوصية واجب ما أمكن.

ولو أوصى بأن يباع من فلان بيع منه بقيمته لا ينقص منها، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك؛ لأنه أوصى بالبيع لا بشيء من ماله؛ لأنه لا منفعة للميت في هذه الوصية حتى يشتغل بتنفيذها فلم يوجد منه الرضا بالحط دلالة بخلاف الأولى للموصي فيها منفعة وهو الثواب فيكون قاصدًا تنفيذها ولا يمكن تنفيذها إلا بحط شيء من ثمنه فيكون رضا بالحط دلالة.

ولو أوصى بأن يباع عبده ولم يسم المشتري لم يجز إلا أن يقول يباع من فلان فيباع منه جاز؛ لأنه متى لم يعين من يباع منه كان الموصى له مجهولا وجهالة الموصى له تمنع جواز الوصية.

(باب الوصية بالعتق للعبد بعد الخدمة)

(المبسوط): ولو أوصى بأن يخدم عبده أحد ورثته سنة ثم يعتق جاز إن أجازه بقية الورثة، وإن لم يجيزوا بطلت الوصية بالعتق؛ لأن الوصية بالعتق في ضمن الوصية للورثة وبناء عليها والوصية بالخدمة لأحد الورثة لا تجوز إلا بإجازتهم، فإذا بطلت الوصية للوارث بطل ما في ضمنها كالوصية بالمحاباة.

ولو أوصى أن يخدمهم سنة ثم يعتق جاز، وإن كرهوا أو بعضهم واختلفت عبارة مشايخنا في تحرير هذه الوصية قيل يجوز بطريق الإرث؛ لأن حق استخدام هذا العبد لجميع الورثة ثابت شرعا؛ لأن رقبته غير مشغولة بخدمة أحد إن كانت

رقبته مشغولة بوصيته فصارت الخدمة ميراثا بينهم، فلهذا لو رد بعض الورثة هذه الوصية لا يرتد؛ لأن الورثة ملكوا الخدمة بالميراث لا بالوصية والميراث لا يرتد بالرد فكانت هذه وصية بإعتاقه لا غير بعد سنة ولكن بشرط أن يخدم الورثة سنة، فإذا خدم الورثة سنة يعتق عن الميت وقيل يجوز بطريق الوصية؛ لأن الوصية لجميع الورثة على قدر حقوقهم في التركة جائزة لأنها لا تتضمن إبطال حق أحدهم، ولهذا تجوز الوصية لبعضهم بإجازتهم ولأن تجويزها بطريق الإرث متعذر؛ لأن الرقبة بقيت على حكم ملك الميت حتى لو باعوها أو وهبوها لم يجز وإنما لم يصح رد بعضهم هذه الوصية؛ لأنه متى صح رده يؤدي إلى إبطال حق الباقين؛ لأنه حينئذ يصير وصية لبعض الورثة فيبطل فلم يصح رده لهذا.

وذكر في (**الفتاوى**): لو أوصى بأن يعتق عبده بعد خدمته لولديه سنة تجوز الوصية ويخدمهما على قدر ميراثهما إلا أن يقول في وصيته يخدمهما على السواء فبطلت الوصية إذا كان أحد ولديه ذكرا والآخر أنثى؛ لأنه لو جاز ذلك لاشتركا في الخدمة فصارت الوصية للوارث، فأما إذا كانا ذكرين أو أنثيين جازت الوصية وصار سبيله سبيل الميراث دون الوصية ولا يجوز التزوج بهذه الأمة لأنها باقية على حكم ملك الميت مهملة إلى وقت إنفاذ عتقها.

ولو أوصى أن يخدمهم ثم هو حر لم يعتق إلا أن يعتقوه؛ لأنه لا يملك الإعتاق بعد الموت؛ لأنه ليس بأهل له ولم يعلق عتقه بشرط فلا يعتق ما لم يعتقوه، ولو صالحوه من الخدمة على شيء ونجزوا العتق جاز؛ لأن هذا العبد ملكهم في حق الخدمة فبالصلح أسقطوا ذلك الملك ببدل فيجوز ولأن الصلح عن الخدمة جائز، وإن كان لا يجوز الاعتياض؛ لأن الصلح إسقاط وإسقاط الحق بعوض جائز كحق المرور.

ولو أعتقه أحد الورثة قبل السنة ضمن حصة أصحابه من قيمة الخدمة؛ لأن الرقبة في حق الخدمة مملوكة للورثة؛ لأن الوارث لا يملك الخدمة ملكًا جديدا ولكن يقوم مقام الميت بطريق الخلافة عنه والمورث كان يملك الخدمة بملك الرقبة فكذا الوارث فيعتبر الرقبة ملكا لهم في حق ملك الخدمة فكان في معنى

المدبر فصار المعتق متلفًا عليهم ملك الرقبة والمنفعة، والمنفعة تضمن بالإتلاف مع ملك الرقبة لا وحدها كما في المدبر، ولو قال له الوارث بعد السنة: إن دخلت الدار فأنت حر صح تعليقه، وكذلك الوصي.

وذكر في (**الجامع**): أنه لا يصح في الوصي وقد مرت.

(**المنتقى**): قال أبو حنيفة: قد أوصيت أن يخدم عبدي فلانا سنة ثم هو حر، فإن لم يخدم فلانا سنة لم يعتق وهذه وصية فيها يمين، وإن أوصى أن يخدم عبده ورثته سنة ثم هو حر فخدمهم ستة أشهر ثم مرض أو أبق، فإنه يعتق بعد السنة وليس هذا على الخدمة كأنه قال أعتقوه بعد سنة ألا ترى أنه يخدمهم على الميراث ولو لم يخدمهم شيئًا عتق؛ لأن هذا يجوز بطريق الإرث لا بطريق الوصية لما بينا، فإن قال الورثة نحن نعجل عتقه فذلك لهم وهو عن الميت.

ولو قال: يخدمهم هذه السنة ثم هو حر، فإن غاب شهرا أو مرض بطلت وصيته؛ لأنه لا يقال خدمهم هذه السنة فانعدم الشرط، وإن غاب يوما أو يومين لا تبطل الوصية؛ لأنه يقال خدمهم هذه السنة عرفًا، وإن ترك الخدمة يوما أو يومين؛ لأن ذلك القدر لا يعتد به عرفا.

ولو قال: أوصيت بخدمة عبدي لورثتي سنة ثم هو حر وله بنون وبنات، فإن أجازوا ذلك فهو جائز ويخدمهم بالسوية ويعتق بعد سنة، فإن لم يجيزوا الوصية فلهم أن يبيعوه قبل السنة ولا يعتق إلا بالخدمة على الوصية، فإذا خدم على الوصية سنة جازت وصيته بالعتق، وإذا أوصى بخدمة أمته لرجل سنة ثم تعتق وترك ابنين لا وارث له غيرهما فأعتقها أحدهما لم يجز؛ لأن رقبتها في حق الخدمة سنة مملوكة للأجنبي وفي الإعتاق إبطال ملكه فلا يجوز بخلاف الوصية بخدمتها لورثته سنة فأعتقها أحدهم جاز لما بينا.

(باب الحقوق في الوصية والتركة)

(**المنتقى**) هشام عن محمد: رجل أوصى بعبد والموصى له غائب، قال: ينفق على العبد من مال الميت، فإذا قدم الموصى له وقبل الوصية رجع عليه بالنفقة إن

كانت النفقة بإذن القاضي؛ لأن الوصية وقعت موقوفة على قبول الموصى له ورده فتردد أمرهما بين القبول ووقوع الملك للموصى له وبين الرد واستقرار ملك الورثة فيها والملك كان ثابتًا للموصي إلى أن يزول التوقيف فيجب الإنفاق في ملكه، فإذا ظهر الملك للموصى له من وقت الموت يجب الرجوع عليه. مات رجل في سفر مع قوم قال أستحسن أن يبيعوا متاعه وثيابه ولا يبيعوا رقيقه ولا ينفقون على الرقيق من مال الميت لكن العبد هو يأكل من طعام مولاه أو كان يأخذ دراهمه فينفقها على نفسه من غير أن يدفعوه إليه.

هشام عن محمد رحمهما الله: في رجل أوصى لآخر أن يزرع له في كل سنة عشرة أجربة من أرضه فالبذر والسقي والخراج من مال الميت؛ لأنه أوصى بأن يزرع له فتتناول الوصية الزرع له ولم يتحقق ذلك إلا وأن يكون البذر والسقي من مال الميت.

هشام عن محمد عن أبي حنيفة رحمهم الله: رجل أوصى لرجل بثمرة نخله أو بزرع قد أدرك فالخراج على الموصى له، ولو قطع الثمر وحصد الزرع ثم أوصى به لرجل فالخراج على الموصي؛ لأن في الأول المنفعة حصلت للموصى له والخراج إنما يجب بسبب الأرض النامية التي يحصل الانتفاع والارتفاق بها لملاكها، ولهذا إذا أصابتها آفة قبل الإدراك أو بعده قبل القطع والحصد لم يجب الخراج لأنها فاتت قبل أن تصير محرزة بحرز فأما بعد القطع والحصد فالمنفعة حصلت للموصي والمحرز له دخل في ملكه وحرزه فتقرر وجوب الخراج عليه.

ولو أوصى لرجل بقطن ولآخر بجبة، أو أوصى لرجل [بلحم شاة][1] حية ولآخر بمسكها أو لرجل بحنطة في سنبلها ولآخر بالتبن.

قال محمد: على الموصى لهما التخليص وأجره.

ولو أوصى له بقطن وسادة والآخر بالوسادة فعلى صاحب القطن إخراجه والفرق أن صاحب اللحم والحنطة لا يتوصل إلى حقه إلا بالتمييز والتخليص، وكان التخليص والتمييز عملا لهما فكان أجره عليهما وصاحب الوسادة يتوصل إلى حقه من غير تمييز القطن وصاحب القطن لا يتوصل إليه فكان عليه إخراجه.

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): بالشاة.

ولو أوصى بأرض فيها زرع دون الزرع أو أوصى بالزرع دون الأرض ترك الزرع حتى يحصد بأجر مثله نفيا للضرر عن الموصي والموصى له ومراعاة ونظرًا للجانبين.

ولو أوصى بنخل لرجل دون الثمرة عليها أو أوصى بثمرة نخل دون النخل ثم مات قبل أن يدرك يترك عليها حتى يدرك بغير أجر؛ لأنه لا يمكن تركهما بأجر المثل؛ لأن استئجار الأشجار لا يجوز ولا يمكن قطعها؛ لأن فيه ضررا لصاحبها فيترك على حالها حتى يدرك بخلاف الأرض؛ لأن استئجارها جائز فأمكن ترك الزرع بأجر المثل.

ولو أوصى بالثمرة أن تباع ويجعل ثمنها في المساكين ثم مات قبل أن تدرك تترك حتى يدرك بغير أجر.

ولو أوصى بالزرع بأن يباع ويجعل ثمنه في المساكين ثم مات يترك حتى يدرك بأجر مثل الأرض من ثمن الزرع لما بينا.

ولو أوصى بأرض أن تباع ويجعل ثمنها في المساكين وفيها زرع أو حب لم يثبت بعد قال يجعل على الورثة أجر مثل الأرض حتى يستحصد. رجل أعار من رجل زِقاقا فجعل فيها زيتا فأخذه صاحبها في موضع لم يجد فيه زقاقا يجعل عليه بأجرة مثلها إلى موضع يجد فيه زقاقا فيحول زيته، وكذلك لو استأجر الزقاق وانقضت الإجارة.

ولو أوصى بنخل لرجل وبثمرها لآخر عشر سنين فقطعها رجل قال يغرم قيمتها ويشتري بها نخلة مثلها فيغرس مكانها وينفق عليها في سقيها وعلاجها من بقية القيمة حتى تدرك وتطعم ويكون ثمرتها للموصى له بها ما بقي من المدة، فإن مضت المدة قبل أن تدرك النخلة فقد بطلت وصية صاحب الثمرة، وإن نفذت القيمة قبل أن تدرك الثمرة وقبل مضي المدة فلصاحب الأصل أن ينفق عليها بأمر القاضي ويرجع بذلك في ثمرتها.

(باب وصايا أهل الذمة)

وصايا أهل الذمة على أربعة أقسام:

منها: وصية بما هو قربة مطلقة كما لو أوصى النصراني بأن يسرج في بيت

المقدس أو يتصدق بثلث ماله على الفقراء أو يعتق عنه رقاب ثلاث، أو كان من الروم فأوصى أن يغزى الترك بماله صحت الوصية؛ لأن من شرط صحة الوصية أن يكون الموصى به قربه في الجملة لا أن يؤجر ويثاب عليه كالمسلم إذا أوصى بما هو قربة ولم يقصد القربة بل قصد بها الرياء والسمعة تصح الوصية، وإن لم يؤجر ويثاب عليها فهذه قربة عندنا وعندهم فيجب اعتبارها تحقيقًا لغرضهم لأنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون، ومنها: ما هو وصية بما هو معصية مطلقة، كما لو أوصى للنائحات والمغنيات أو أوصى اليهودي لكنيسة النصراني أو النصراني لبيعة اليهودي أو لبيت نار المجوس ينظر إن كانت الوصية لأقوام معينين صحت؛ لأنه لم يتعين جهة القربة فيها فبقي تمليكا لهم والتمليك لقوم معينين جائز، وإن كانت لغير المعينين لا يصح؛ لأن التمليك للمجهول لا يصح، ومنها: ما هو وصية بما هو قربة عندنا لا عندهم نحو: أن يوصي بأن يحج بثلث ماله أو يبني مسجدًا للمسلمين إن كانت لقوم معينين صحت، وإن كانت لغير معينين لا تصح؛ لأنه لا يعتقد هذا قربة ونحن أمرنا ببناء معاقداتهم ومعاملتهم على عقائدهم ودياناتهم فصار كالوجه الثاني.

وذكر في (**الزيادات**): ذمي أوصى بأن يجعل داره مسجدًا للمسلمين لا يصح؛ لأنه ليس بقربة عندهم، ومنها: ما هو وصية بما هو قربة عندهم لا عندنا، كما لو أوصى ببناء البيعة أو الكنيسة وبيت النار أو بأن يسرج في البيعة، فعند أبي حنيفة تصح هذه الوصية من ثلث ماله وعندهما لا تصح إذا كانت لقوم معينين؛ لأنه أوصى بما هو معصية ولا تصح كما لو أوصى بها لمسلم، ولهذا لو فعل ذلك في حال حياته لم يصح حتى لم يمنع الإرث؛ لأنه ممنوع عن إحداث البيعة والكنيسة في دار الإسلام، وكذلك بعد وفاته له: أنه أوصى بما هو قربة عندهم فوجب أن يصح لأنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون وأن ندعهم وما يعتقدون، ولهذا تصح معاملاتهم في الخمور والخنازير ويجوز وصيتهم بالخمر والخنزير وكذا هذا.

ولو بنى في حياته بيعة أو كنيسة ثم مات صارت ميراثا؛ لأن عندهما إذا أوصى بذلك لا يصح، فإذا فعله بنفسه أولى أن لا يصح وعنده؛ لأنه لا يزول ملكه بجعلها

متعبدا لأنها لـم تتصف بكونهـا مسجدا فلـم تثبت جهة القربة فيها مطلقًا ولا تزول بجعلها وقفًا؛ لأن الوقف إذا لم يكن موصى به لا يجوز عند أبي حنيفة، فبقي على ملكه بخلاف الوصية لأنها مزيلة للتمليك في الأصل فلا يعتبر فيها جهة القربة للإزالة، فإن من أوصى بما ليس بقربة يصح ووصية الذمي جائزة في ثلثه ولا يجوز لوارثه لأنهم بعقد الذمة التزموا أحكامنا.

ولو أوصى حربي مستأمن لمسلم أو ذمي بكل ماله صحت؛ لأن الوصية بما زاد على الثلث إنما لا تصح لحق الورثة ولا حرمة لحقهم لأنهم في دار الحرب ألا ترى أنه لا حرمة لملكهم حتى جاز استغنام أموالهم فلأن لا حرمة لحقهم أولى بخلاف ما لو كان له وارث في دار الإسلام؛ لأنه ذمي أو مستأمن مثله فيكون لحقهم عصمة وحرمة، ولهذا لا يجوز استغنام أموالهم فيجوز أن يمتنع الجواز لحق الوارث.

ولو أوصى ببعض ماله يدفع الباقي إلى ورثته من أهل الحرب؛ لأن حق المستأمن معصوم محترم فلا يزول ملكه إلا برضاه ولا يوجد منه الرضا بزوال ملكه إلى غير وارثه فوجب الدفع إلى ورثته مراعاة لحقه لا لحق الورثة.

ولو أوصى مسلم أو ذمي لحربي مستأمن جاز؛ لأن المستأمن بمنزلة الذمي؛ لأن الأمان المؤقت خلف عن الذمة في حق الأحكام بدليل أن ماله صار معصوما عن الاستغنام بالأمان المؤقت كما يصير معصوما بالأمان المؤبد. ثم الوصية للذمي جائزة فكذا ما هو ملحق به، وبالاستئمان صار سلمًا لنا ولم يبق حربيا علينا، والنهي إنما ورد في حق الحربي لا في حق المستأمن.

(**الزيادات**): ولو ارتد المسلم إلى دين فهو في وصاياه بمنزلة الذمي ارتد إليهم؛ لأن تصرفات المرتد نافذة عندهما للحال وكل ما يجوز من أهل دينه الذي انتحل إليه ينفذ منه وما لا فلا.

وعند أبي حنيفة: وصاياه باطلة إن قتل أو مات على الردة؛ لأن تصرفات المرتدة عنده تبطل بالقتل أو بالموت على الردة ووصايا المرتدة جائزة لأنها لا تقتل ولا تقر على الردة بل تجبر على الإسلام ويكون حكمها حكم من انتحلت إليه من الدين.

(القسم الثالث في الموصى له باب الوصية لقرابته وأهل البيت)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في الوصية لقرابته.

والثاني: في الوصية لأهل بيته.

والثالث: في الوصية لأهل بيت فلان.

والرابع: في الوصية لإخوته.

(فصل)

ولو أوصى بثلث ماله لقرابته فالقرابة من قبل الأب والأم؛ لأن القرابة مشتقة من القرب والقرب من كل وجه إنما يثبت بالاتصال من الجانبين، ثم لا يخلو إما أن أوصى لذوي قرابته أو لذوي أرحامه أو أوصى لذي قرابته أو لذي رحمه، فإن أوصى لذوي قرابته أو لذوي أرحامه فعند أبي حنيفة هو لكل ذي رحم محرم منه اثنان فصاعدًا الأقرب فالأقرب.

وعندهما والشافعي: يستحقه الواحد ويستوي فيه المحرم وغير المحرم والبعيد والقريب؛ لأن اسم القرابة يعم ويشمل الكل لقوله تعالى: ﴿وَأَنذِرْ عَشِيرَتَكَ ٱلْأَقْرَبِينَ ﴿٢١٤﴾﴾ [الشعراء: ٢١٤] دعا رسول الله صلى الله عليه وسلم قبائل قريش وأنذرهم وأكثر بني هاشم ليسوا بمحرم منه ويبعد عنه في القرابة؛ لأن اسم القرابة ينطلق على الأباعد من الأقارب، فإنه يقال لمن بعد منه هذا قريبي فالقرابة اسم جنس فيتناول الواحد فصاعدًا كاسم الرجل، له: أنه أوجب الوصية باسم الجمع وهو قوله لذوي قرابتي والمثنى جمع من وجه لوجود معنى الاجتماع فيه والجمع من وجه ملحق بالجمع من كل وجه في الميراث فكذا في الوصية لأنها أخت الميراث، وكذا يعتبر الأقرب فالأقرب في الميراث ويكون الأبعد محجوبا بالأقرب فكذلك في الوصية لأنها أخت الميراث لقوله عليه السلام: "**الوصية أخت الميراث**"[1] والأجنبية

---

(١) انظر: بدائع الصنائع ١٨٩/٦ - ١٩٠، تبيين الحقائق ٤١/٦ - ٤٣، وحاشية ابن عابدين ١١٣/٤، وما بعدها، وحاشية الدسوقي ٤٥٧/٤، ومغني المحتاج ٤/٣.

يقتضي المساواة والمشاركة في أصل الاستحقاق ويعتبر أن يكون ذو رحم محرم من الموصي حتى إن ابن العم لا يستحق هذه الوصية؛ لأن مقصود الموصي من الوصية صلة الرحم فيختص هنا من يستحق الصلة بالقرابة وهي القرابة المحرمة للنكاح الموجبة للصلة؛ لأنه يتعلق بها استحقاق النفقة والعتق عند دخوله في ملكه ويستوي فيه الرجال والنساء؛ لأن اسم القرابة يتناولهما بصفة واحدة وليس في لفظ الموصي ما يدل على تفضيل الذكر على الأنثى فيكون هذا من الميراث نظير أولاد الأم ولا يدخل فيه الوالدان والولد؛ لأنه لا ينطلق عليهما اسم القرابة لقوله تعالى: ﴿ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ﴾ [البقرة: ١٨٠] عطف الأقربين على الوالدين والمعطوف غير المعطوف عليه ولأن الجزئية والبعضية بينهما تامة واسم القرابة لا يطلق مع وجود الجزئية والبعضية في العرف، ولهذا لا يستجير واحد من العقلاء من نفسه أن يقول لوالده أو لولده هو قريبي ويُعدُّ جفاء من قائله والجد والجدة أو ولد الولد من ذكر أو أنثى يدخلون في هذه الوصية لأنهم ينسبون إليه بواسطة والقريب من ينسب إليه بواسطة غيره والجزئية بينهما منعدمة حقيقة فيتناولهم اسم القريب.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: أن الجد لا يدخل بمنزلة الأب؛ لأن اسم الولد يتناوله ولا يتناوله اسم القريب.

وعند أبي حنيفة: لو كان القريب واحدًا يستحق نصف الوصية؛ لأن ما زاد على الواحد ليس له نهاية معلومة فلا يعتبر للمزاحم أكثر من الواحد كما في الميراث، فإن كان له عم وخالان فنصف الثلث للعم والنصف للخالين؛ لأن الواحد لا يستحق أكثر من النصف؛ لأنه يجعل جمع الثلث للمثنى فصاعدًا فبقي النصف الآخر للخالين؛ لأنه لا يستحقه أحد أقرب من الخالين.

ولو ترك ابنًا وعمين وخالين فالوصية للعمين خاصة؛ لأن قرابة العمين أقرب من قرابة الخالين وإنما شرطنا الولد لكي لا يكون العم وارثا وعندهما يقسم أرباعا فيشترك الكل فيه، وإن كان عمًّا وعمة وخالًا وخالة فالمال للعم والعمة، وإن كانت العمة لا تقدّم على الخال والخالة في الميراث؛ لأن قرابتها بالنسبة إلى الآباء كقرابة العم لتساويهما في الدرجة إلا أنها لا تستحق العصوبة لوصف فيها وهي الأنوثة لا لقصور في قرابتها فبهذا لا تخرج قرابتها من أن تكون أقرب من قرابة الأخوال

فكانت أقرب قرابة من الخال، وكذلك لو أوصى لأنسابه لأنهما لفظان مختلفان يُنبِئان عن معنى واحد وهي القرابة يقال بين الرجلين مناسبة أي قرابة ويقال هذا نسيبي أي قريبي، وأما إذا أوصى لذي قرابته أو لذي رحمه يستحق الواحد الكل حتى لو ترك عمًّا وخالًا فالثلث كله للعم عنده؛ لأنه لم يذكر كلمة الجمع إنما ذكر اسم القرابة؛ لأنه اسم جنس فيتناول أدنى ما ينطلق عليه الاسم.

ولو أوصى لذوي قراباته أو لأنسابه الأقرب فالأقرب فوُجِد منهم واحد فكلها له؛ لأن قوله الأقرب فالأقرب تفسير للكلام المبهم والمبهم إذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير وهذا اللفظ يتناول الواحد فصاعدًا ويتناول المحرم وغير المحرم فيدخل الكل فيه.

(فصل)

ولو أوصى لأهل بيته أو لحسبه أو لنسبه أو لآله فهو لأقربائه من قبل أبيه إلى أقصى أب جمعهم في الإسلام ويدخل فيه الغني والفقير؛ لأن المراد بأهل بيته أهل بيت النسبة عرفًا وعادة وحسبه وأهل بيته سواء؛ لأن الإنسان إنما يكون من حسب قوم أبيه لا من قوم أمه وأهل بيته قوم أبيه أيضًا بدليل أن الولد العربي يكون عربيا، وإن كانت أمه حبشية أو تركية فالأب اسم للقبيلة التي ينتسب إليها فكان الآل وأهل البيت واحدا بخلاف القرابة، فإن اسم القرابة يتناول قرابة الأب والأم جميعًا ويدخل فيه الغني والفقير؛ لأنه أوجب الوصية باسم عام يتناول الكل وإن كانوا لا يحصون؛ لأن الوصية للغني القريب قربة، لأن فيها صلة الرحم، وصلة الرحم قربة، فكانت الوصية واقعة لله تعالى فصحت الوصية للفقراء بخلاف ما لو أوصى لبني فلان أو لقبيلة فلان وهم لا يحصون فهي باطلة؛ لأنه لا يمكن تجويزها قربة؛ لأنه ليس في وصية الأجنبي الغني قربة فلم تقع الوصية لله تعالى والموصى لهم لا يحصون فجهالة الموصى لهم يمنع جواز هذه الوصية؛ لأنه لا يمكن تنفيذها.

(فصل)

ولو أوصى لأهل بيت فلان وأهل بيت الرجل بنو أبيه الذين ينسبون إليه إلى

أقصى أب في الإسلام ذكرهم وأنثاهم كافرهم ومملوكهم سواء لما ذكرنا، وإن كان من ولد العباس فمن ينسب إلى العباس من جهة الأب دون الأم، وكذلك الحسب والآل؛ لأن هذه الألفاظ تستعمل استعمالًا واحدا يقال آل عباس وأهل بيت عباس وحسبه والمراد بها واحد ويدخل فيها ولد الموصي ووالده؛ لأن اسم أهل البيت والحسب والآل يتناولهم حقيقة وعرفًا ولا يدخل في ذلك ولد المرأة وأمها؛ لأن الولد والأم غير منسوب إلى أبيها؛ لأن النسبة إلى الآباء دون الأمهات إلا أن يكون ولدها من بني عمها، فإن تزوجت بابن عمها فولدت منه ولدا يدخل في الوصية لكونه من بني عمها لا لكونه ولدها وأبوها من أهل بيتها وآلها والأهل هي الزوجة عند أبي حنيفة؛ لأن اسم الأهل يتناول الزوجة خاصة عرفا وشرعا.

أما عرفًا: فإنه يقال لمن له زوجة هو متأهل ولمن لا زوجة له غير متأهل.

وأما شرعًا: فقوله تعالى: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِۦٓ ءَانَسَ مِن جَانِبِ ٱلطُّورِ نَارًا قَالَ لِأَهْلِهِ ٱمْكُثُوٓاْ إِنِّيٓ ءَانَسْتُ نَارًا﴾ [القصص: ٢٩] والمراد به الزوجة وعندهما كل من يعوله وجمعه منزله من الأحرار دون المماليك؛ لأن اسم الأهل يتناول من يعوله في داره وينفق عليه؛ لأن الأهل والعيال يستعملان استعمالًا واحدا يقال هؤلاء عيال فلان وأهله وفلان قليل الأهل والعيال وفلان كثير الأهل والعيال. وإن لم يكن له زوجة.

وذلك الاسم يتناول الأحرار دون المماليك وإن الإنسان لا يقول لعبده إنه من أهلي وعيالي، وإن كان يقوله وليس في منزله لم يدخل؛ لأن أهله من يجمعه داره، ألا ترى أن الرجل قد ينفق على المساكين ولا يكونوا من أهله ولا يدخل الموصي لأهله في ذلك؛ لأنه أوجب الوصاية للمضاف دون المضاف إليه قال والأختان أزواج كل ذات محرم منه وكل ذي رحم محرم من أزواجهن من ذكر أو أنثى وهذا في عرف أهل الكوفة فأما في سائر البلدان لا يطلقون اسم الأختين إلا على أزواج البنات ولا يطلقون على محارم الأزواج. وأصهاره كل ذي رحم محرم من نسائه منكوحات أو معتدات في طلاق رجعي وكل ذي رحم محرم من نسائه يسمى من أصهاره.

(فصل)

أوصى لإخوته وله ثلاثة إخوة متفرقين، فإن كان له أب أو ابن صحت لهم الوصية، وإن كانت له بنت بطلت حصة الأخ من الأب والأم، وكذلك التسع؛ لأنه يرث مع البنت والأخ لأب مع الأخ لأب وأم والأخ لأم لا يرث مع البنت ثم اجعل جميع المال على تسعة أسهم لحاجتنا إلى حساب، له ثلث ولثلاثة ثلث وأقله تسعة للأخ للأب والأخ للأم ثلثي الثلث وذلك سهمان؛ لأنه أوصى بثلث ماله لثلاثة وقد صحت الوصية للكل؛ لأن الوارث من أهل الوصية، ألا ترى لو أجازها الورثة جاز إلا أنه خرج من الوصية برد الورثة فكان للباقين ثلثا الثلث فيكون حصة الأخ لأب وأم منهم من تسعة والوصية للإخوة تكون وصية دون الأخوات عندهما.

وعند محمد: وصية للإخوة والأخوات جميعًا لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ﴾ [النساء: ١١] وقد يتناول الذكور والإناث جميعًا.

لهما: أن اسم الإخوة لا يتناول الأخوات بحقيقته بل بمجازه، ولهذا قال الله تعالى: ﴿وَإِن كَانُوٓاْ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً﴾ [النساء: ١٧٦] فقد فسر الإخوة بالرجال والنساء.

ولو تناول اسم الإخوة والأخوات بحقيقته لما احتاج إلى هذا التفسير، ولو وجد في الوصية مثل هذا التفسير بأن قال لإخوة فلان رجالا ونساء دخلت الأخوات فيها، ولو قال: ثلث مالي لإخوتي وله أخ واحد وهو يعلم أو لا يعلم فله نصف نصف الثلث لما بينا.

(**المنتقى**): ولو قال: ثلث مالي لقرابتي ولغيرهم، قال: كله للقرابة ولا يرد منه إلى الورثة شيء كأنه قال: لقرابتي ولبني آدم.

قال محمد: لو أوصى لأخواته بثلث ماله فهم للذين كانوا يعرفون بإخائه وينسبون إليه، ولو أوصى بثلث ماله لحشمه فحشمه كل من يعوله ويجري عليه نفقته يدخل في ذلك ولده ووالده ولا زوجته ولا أمهات أولاده ومدبره ورقيقه ويدخل فيه سائر قراباته.

(باب الوصية لبني فلان أو لأولاد فلان ولفقرائه ولمواليه ونحوه)

(المبسوط): فيه فصول:

أحدها: في الوصية لبني فلان.

والثاني: في الوصية لأولاده.

والثالث: في الوصية لفقرائه.

والرابع: في الوصية لأيتامه وأرامله.

(فصل)

ولو أوصى لبني فلان، فإن كانوا يحصون صحت ويدخل فيه الذكر والأنثى والفقير والغني؛ لأن الوصية وقعت بمعلوم، وإن كانوا لا يحصون فالوصية باطلة؛ لأنه لا يمكن تنفيذها للكل لأنهم لا يحصون والموصي لم يرد به الكل؛ لأنه لا يمكن صرفها إلى الكل ولا يمكن تنفيذها للبعض؛ لأن البعض ليس بأولى من البعض فبطلت الوصية كما لو أوصى لواحد من عرض الناس بخلاف ما لو أوصى للفقراء؛ لأن الوصية للفقراء أوقعت لله تعالى والفقراء للمصارف، ولهذا لا تردّ بردهم وجاز صرفها إلى واحد منهم عند أبي يوسف والله تعالى واحد معلوم فوقعت الوصية له، أما هاهنا الوصية تناولت الأغنياء والفقراء فوقعت الوصية للغني لا لله تعالى حتى ترد برده والموصى له مجهول.

ولو أوصى لبني فلان ولا يحصون، فإن كانوا فقراء جازت الوصية لأنها وقعت لله تعالى، وإن كانوا أغنياء لا يجوز لأنها وقعت للعباد وقد تعذر تنفيذها، ثم لا يخلو إما أن كان فلان ابن قبيلة أو أب أو جد، فإن كان فلان ابن قبيلة ذكورا وإناثا فالثلث بينهم بالتسوية إذا كانوا يحصون؛ لأن النساء إذا اختلطن بالرجال ينعتن بنعت الرجال ويخاطبن بخطاب الرجال قال الله تعالى: ﴿وَأَقِيمُوا۟ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُوا۟ ٱلزَّكَوٰةَ﴾ [النور: ٥٦] وقد تناولت الرجال والنساء، وقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخْوَةٌ

﴿فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُۚ﴾ [النساء: ١١] وقد تناولت الذكور والإناث، وإن كن إناثًا خلصًا قالوا على قياس تعليل محمد بهذه المسألة يكون الثلث لهن؛ لأنه قال ويحسن أن يقال هذه المرأة من بني فلان وإذا كان يطلق هذا الاسم على المرأة الواحدة فكذلك يطلق على الإناث المفردات اسم البنين، وإن كان فلان أب أو جد وله أولاد إناث فلا شيء لهن، وإن كانوا بنين وبنات فالثلث للذكور خاصة عند أبي حنيفة وعندهما للذكور والإناث جميعًا.

وذكر في بعض النسخ قول أبي يوسف مع أبي حنيفة وهو الأصح.

وعند محمد يدخل الإناث.

لمحمد: أن الإناث متى اختلطن بالذكور ينعتن بنعت الذكور بأنه يقال: بنو آدم وبنو هاشم وبنو تميم، فإنه يتناول الذكور والإناث.

لهما: أن حقيقة هذا اللفظ يطلق على الذكور خاصة وإنما يطلق على الذكور والإناث حالة الاختلاط بضرب مجاز والعمل بالحقيقة واجب ما أمكن مع أن في استعمال هذا المجاز اشتراك؛ لأن فلانا إذا كان أبا أو جدًّا قد يذكر هذا الاسم ويراد به الذكور خاصة دون الإناث لأنهم قد يخلو أولاده عن الإناث فإطلاق هذا الاسم على الذكور خاصة حقيقة مستعملة وعلى الإناث خاصة غير مستعملة فحالة الاختلاط وقع الشك في دخول الإناث تحت الوصية فلا يدخل الشك بخلاف ما لو كان فلان ابن قبيلة؛ لأن أولاده لا يخلو عن أنثى فلا يجوز أن يراد بهذا الاسم الذكور خاصة فينصرف إلى الذكور والإناث لضرورة عدم خلوّ أولاده عن الإناث وبخلاف ما لو أوصى لبني تميم؛ لأن المقصود ليس هو الأعيان والأشخاص وإنما المقصود مجرد الانتساب والانضياف وليس لولد الولد شيء، وإن كانوا ذكورا مع ولد الصلب، وإن لم يكن لفلان ولد صلب فالوصية لابن ابنه دون بنات ابنه؛ لأن ولد الابن يسمى ولدا إلا أنه ناقص في الإضافة والانتساب إليه؛ لأن يضاف إليه بواسطة والناقص لا يدخل تحت مطلق اسم الإضافة كأولاد البنات فعند الإطلاق يحمل على ولد الصلب؛ لأنه أحق لهذا الاسم، فإن تعذر العمل بالحقيقة يحمل على المجاز تحريا للجواز ولأن ابن الابن قام مقام الصلب حال عدم الصلب في

الميراث حجبًا واستحقاقا وسقط اعتبار نقصان الإضافة شرعا فكذلك في الوصية لأنها أخت الميراث.

ولو أوصى لبني فلان بالثلث ولم يكن لفلان بنين يوم الوصية فهو لبنيه الذين حدثوا قبل موت الموصي؛ لأن الوصية تمليك من الموصى له بعد الموت فيعتبر وجود الموصى له وقت موت الموصي لا حالة الوصية، ولهذا صحت الوصية بثلث ماله، وإن لم يكن له مال وقت الوصية، وإن كان لفلان بنون أربعة فمات منهم اثنان وولد آخران ثم مات الموصي فالثلث للباقين وللموجودين سواء؛ لأنه متى أضاف الوصية إلى بني فلان مطلقا ولم يسمهم تقع الوصية لبنيه الموجودين يوم الموت لا لبنيه الموجودين وقت الوصية؛ لأن الوصية تمليك ينضاف إلى ما بعد الموت فيعتبر المملك له وقت الموت حتى لو قال أوصيت بالثلث لبني فلان هؤلاء أو سماهم يقع لبنيه الموجودين وقت الوصية حتى يبطل بموتهم ولا يكون لبنيه الموجودين عند الموت.

(فصل)

ولو قال: أوصيت لولد فلان دخل الذكور والإناث فيه؛ لأن اسم الولد يتناول البنات الصلبية حقيقة وولد الابن مجازًا؛ لأن الاسم مشتق من التولد والفروع والبنت الصلبية متولدة منه حقيقة وولد الابن متولد متفرع عنه بواسطة، فإن لم يكن له ولد صلبي فالوصية لولد الابن الذكور والإناث سواء ولا شيء لولد البنت إلا في رواية الخصاف؛ لأن ولد الابن مضاف ومنسوب إليه بواسطة الإيلاد ولكن في الإضافة إليه نوع قصور فعند الإطلاق ينصرف الاسم إلى الولد الصلبي حقيقة وعند عدمه يحمل على ولد الابن مجازًا، فأما ولد البنت غير منسوب ومضاف إليه؛ لأن الانتساب حقيقة يكون من جهة الآباء دون الأمهات على ما مر شرحه في كتاب الوقف ولو لم يكن له إلا ولد واحد فكل الثلث له؛ لأن اسم الولد يتناول الولد الواحد فصاعدًا، ولو أوصى بالثلث لأكابر ولد فلان وله أولاد بعضهم أبناء سبعين وبعضهم أبناء ستين وبعضهم أبناء أربعين فالوصية لأبناء ما زاد على الخمسين لا لمن هو دون الخمسين، وكذلك لو قال أكابر رقيقي أحرار؛ لأن خمسين وما دونه

في حد الحداثة والشباب وما زاد في حد الكبر والشيخوخة والعتاقة، ولو قال ثلث مالي بين بني فلان ولأحدهما ثلاثة بنين ولآخر واحد كان الثلث بينهم على عدد رؤوسهم، فإن لم يكن للآخر ابن رد نصف الثلث إلى الورثة، ولو قال بني أعمامي وأخوالي وله عم وخال فالثلث بينهما؛ لأن أدنى الجمع في باب الوصية والميراث اثنان، وإن كان له عم واحد أو عمان وليس له خال رد نصف الثلث إلى الورثة، ولو قال ثلث مالي لفلان ولبنيه وللمساكين، فإذا لفلان ابن واحد فالثلث بينهم أرباعا لفلان سهم ولابنه سهم وللمساكين سهم ويرجع سهم إلى الورثة؛ لأنه قال لبني فلان والابن الواحد لا يكون بنين ويكون الاثنان بني فلان؛ لأن اسم الجمع مطلق على الاثنين.

(**الفتاوى**): رجل أوصى بثلث ماله لبني فلان وهم ثلاثة فمات أحدهم قبل موت الموصي، فإن كان أبوهم حيًا فالثلث بينهم نصفان، فإن كان ميتا بطل ثلث الوصية والثلثان بينهما نصفان قال الفقيه أبو الليث: وبه نأخذ، وإن كان أبوهم لما مات لا يتوقع له ولد سواهم فانصرفت الوصية إلى عددهم وصار كأنه قال ثلث مالي لفلان وفلان لفلان فلما مات أحدهم بطلت وصيته.

(فصل)

ولو أوصى بثلثه لفقراء بني فلان وهم لا يحصون دخل فيها مواليهم وموالي مواليهم وحلفاؤهم وعديدهم يقسمه بين من يقدر عليه منهم بالسوية؛ لأن كل فريق من هؤلاء ينسبون إلى فلان بالبنوة، فإن الحليف والموالي من بني تميم يقول أنا من بني تميم، ولهذا قال عليه السلام: "**إِنَّ مَوْلَى الْقَوْمِ مِنْهُمْ، وَحَلِيفُهُمْ مِنْهُمْ**"[1]

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٧٠١٥ و٣٣٠٥٠) قال: حدثنا وكيع، عن سفيان. و«أحمد» ٣٤٠/٤ (١٩٢٠١ و١٩٢٠٢) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. وفي (١٩٢٠٣) قال: حدثنا عفان، قال: حدثنا بشر، يعني ابن المفضل. و«البخاري»، في «الأدب المفرد» (٧٥) قال: حدثنا عمرو بن خالد، قال: حدثنا زهير.

ثلاثتهم: (سفيان الثوري، وبشر، وزهير بن معاوية) عن عبد الله بن عثمان بن خثيم، عن إسماعيل بن عبيد بن رفاعة بن رافع الزرقي، عن أبيه، عن جده، فذكره.

والحليف من والى قومًا، ويقول لهم: أنا أسلم ويحلف على ذلك ويحلفون له على الموالاة والعديد من يصير منهم بغير حلف إن أعطى الكل واحدًا وأخذ أمنهم جاز عند أبي يوسف، وعند محمد يعطيه اثنين فصاعدًا لما يأتي في باب الوصية للفقراء[1].

وإن كان فلان أبًا خاصًا وليس بأب قبيلة ولا جد فالثلث لبنيه لصلبه ولم يدخل الموالي والحليف في الوصية لأنهم لا ينسبون إليه إذا لم يكن أب القبيلة ولم تكن القبيلة مضافة إليه.

(**الجامع**) ولو قال: أوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم خمسة، فإذا هم ثلاثة أو اثنان فالثلث لهم؛ لأن قوله وهم خمسة لغو من الكلام؛ لأن ذكر عدد البنين لا يفيد؛ لأن الوصية صحيحة بدونه فلغى ذكر العدد فلا يتغير صدر الكلام فبقي قوله أوصيت لبني فلان وقد وجد الجمع المضاف إليه الوصية فصحت ولا يطرح من الثلث شيء، ولو قال لابنَي فلان، فإذا له ابن واحد كان له نصف الثلث؛ لأن الابن الواحد لا يسمى ابنين فلم يوجد الجمع المضاف إليه للوصية فلا يجوز أن يستحق الواحد جميع الثلث يستحق نصف الثلث؛ لأن الواحد داخل تحت الاثنين باعتبار البعضية، فلو كان معه ابن آخر يستحق نصف الثلث فلأن يستحق نصف الثلث حالة الانفراد أولى، ولو قال لابنَي فلان زيد وعمرو، فإذا له ابن واحد فله كل الثلث؛ لأنه ليبين الموصي أول كلامه فصار كأنه قال أوصيت بثلث مالي لزيد وعمرو ابني فلان، ولو صرح بهذا ولم يكن لفلان إلا ابن واحد كان له كل الثلث؛ لأنه أضاف جميع الثلث إلى زيد وضم عمروًا إليه ولم يصح ضم عمرو إليه إذا كان ميتا فلم يثبت لزيد شريك في الثلث فوجد جميع الاسم المضاف إليه للوصية فصار كما لو قال ثلث مالي لزيد وعمرو، فإذا عمرو يوم الوصية ميت فالثلث كله للآخر فكذا هذا.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم ثلاثة، فإذا هم خمسة فالوصية

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٦٨/٢، ٦٩، وحاشية الدسوقي ٤٩٤/١، والميزان للشعراني ١٧/٢، والمغني ٥١٩/٢.

لثلاثة منهم والخيار إلى الورثة؛ لأن قوله وهم ثلاثة صحيح؛ لأنه تخصيص لبعض ما تناوله اسم البنين إذا كان بنوه خمسة وتخصيص بعد العدد من الاسم العام صحيح فيعبّر به أو كلامه فصار كأنه قال أوصيت لثلاثة من بني فلان صح والبيان للورثة فكذا هذا؛ لأن الجهالة في الوصية متى كانت مستدركة محصورة لا يمنع جواز الوصية كما لو أوصى لأولاد فلان والوارث قائم مقامه في البيان؛ لأن المقصود من الوصية متحد أي ثلاثة كانت وهو الإكرام والإنعام بخلاف المسألة الأولى؛ لأن ذكر الخمسة غير صحيح لأنها غير موجودة، فإنه غير مفيد فلغي.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لبني فلان وهم خمسة ولفلان بثلث مالي، فإذا للأول بنون ثلاثة كان الأخير شريكهم بالربع؛ لأن قوله وهم خمسة لغو إذا كانوا ثلاثة فبقي قوله أوصيت لبني فلان ولفلان فكان ثلاثة أرباع الثلث لبني فلان وربعه لفلان لاستواء الكل في الوصية.

(باب الوصية لليتامى والأرامل والأيامى والجيران والشبان والكهول)

(**المبسوط**): ولو أوصى ليتامى وأرامل بني فلان فالوصية جائزة يحصون أم لا **واليتيم**: كل من مات أبوه ولم يبلغ الحلم غنيًّا كان أو فقيرًا لقوله عليه السلام: "**لَا يُتْم بَعْد الْحُلُم**"، وهكذا قاله محمد والخليل بن أحمد وقولهما حجة في اللغة.

ثم اليتيم في اللغة مأخوذ من اليتم وهو الانفراد والمباينة عن الشيء كما يقال: هذه الدرة يتيمة لانفرادها عن أشكالها ونظائرها، وتسمى المرأة يتيمة مجازًا لانفرادها عن قوة الرجل.

إلا أنه في عرف الشرع: اسم لمن انفرد عن أبيه في حال صغره. **والأرمل**: كل امرأة فقيرة بالغة فارقها زوجها أو مات دخل بها أو لم يدخل، وقول محمد حجة، وهكذا قاله الأزهري: إن الأرملة المرأة التي لا زوج لها مأخوذ من قولهم: أرمل القوم إذا فني زادهم، والذكر يسمى أرمل مجازًا خلافًا للشعبي وابن قتيبة، قال الأزهري: لا يقال رجل أرمل إلا في الشذوذ، ومطلق الكلام يحمل على الشائع

المستفيض لا على الشاذ والنادر ثم اليتامى إن كانوا يحصون فالثلث بينهم بالسوية يدخل الغني والفقير فيه، وإن كانوا لا يحصون فهو للفقراء خاصة من يقدر عليهم؛ لأن اليتامى تذكر ويراد به الفقراء المحتاجين قال الله تعالى: ﴿۞ وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ﴾ [الأنفال: ٤١] ذكر اليتامى وأراد به المحتاجين، ولهذا تبين أن اسم اليتيم لغة مما ينبي عن الحاجة، وكذا اسم الأرمل ينبي عن الحاجة فيكون هذا وصية بالصدقة والوصية بالصدقة وصية لله تعالى فتكون جائزة؛ لأن الله تعالى معلوم فأمكن تخصيص المحتاجين إلى من يقوم مقامهم بإضافة الوصية إليهم تصحيحًا لعقده.

وإن أوصى بثلثه لأيامى بني فلان أو ثيب بني فلان أو أبكار بني فلان ولم يحصين فالوصية باطلة لجهالة الموصى له وليس في اسم الأيم ما ينبي عن الحاجة حتى يحمل على الوصية بالصدقة، وإن كن يحصين فهو بينهم بالسوية. والأيم: كل امرأة لا زوج لها وقد جومعت حراما وحلالا بلغت أو لم تبلغ غنية أو فقيرة.

وقال الكرخي وأبو القاسم الصفار: الجماع والأنوثة ليس من شرط لثبوت هذا الاسم حتى قالا بأن الرجل والبكر دخلا تحت الوصية بدليل قول الشاعر[(١)]:

إن القبور تنكحُ الأيامَى النسوةَ الأراملَ اليتامى

والقبور كما تضم البيت تضم البكر والصحيح قول محمد؛ لأنه حجة في اللغة وهكذا قاله الخليل بن أحمد في العبر، ولهذا قال عليه السلام: "**الْأَيِّمُ أَحَقُّ بِنَفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا، وَالْبِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا**"[(٢)]. عطف البكر على الأيم والمعطوف غير

---

(١) انظر: الاشتقاق ٣٦/١، وبلاغات النساء ٤٩/١.

(٢) أخرجه «مسلم» ١٤١/٤ (٣٤٦٠) قال: حدثنا سعيد بن منصور، وقتيبة بن سعيد، قالا: حدثنا مالك (ح) وحدثنا يحيى بن يحيى، قال: قلت لمالك: حدثك عبد الله بن الفضل. وفي (٣٤٦١) قال: وحدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا سفيان، عن زياد بن سعد، عن عبد الله بن الفضل. وفي (٣٤٦٢) قال: وحدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان، بهذا الإسناد. و«ابن ماجه» (١٨٧٠) قال: حدثنا إسماعيل بن موسى السدي، قال: حدثنا مالك بن أنس، عن عبد الله بن الفضل الهاشمي. و«أبو داود» (٢٠٩٨) قال: حدثنا أحمد بن يونس، وعبد الله بن مسلمة، قالا: حدثنا مالك، عن عبد الله بن الفضل. وفي (٢٠٩٩) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا سفيان، عن زياد بن سعد، عن عبد الله بن الفضل، بإسناده =

المعطوف عليه وليس في الشعر تنصيص على البكر[(١)].

ونحن نقول: بأن البكر غير مراد بالاسم والثيب مثلها إلا في حصيلة كان لها زوج أو لم يكن فهو ثيب، واسم الثيب يتناول المرأة دون الرجل؛ لأن إطلاق اسم الثيب على المرأة حقيقة مستعملة متعارفة وعلى الرجل حقيقة مهجورة غير مستعملة ومطلق الاسم يحمل على المتعارف وقوله عليه السلام: "**الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة**" أطلق اسم الثيب على الرجل مجازًا بحكم المقابلة بالمرأة لقوله تعالى: ﴿وَجَزَٰٓؤُاْ سَيِّئَةٖ سَيِّئَةٞ مِّثۡلُهَاۖ﴾ [الشورى: ٤٠] سمى الثانية سيئة، وإن كان حقًّا بحكم المقابلة. والبكر: كل امرأة لم تجامع كان لها زوج أو لا، وإن

=

ومعناه. و«الترمذي» (١١٠٨) قال: حدثنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا مالك بن أنس، عن عبد الله بن الفضل. و«النسائي» ٨٤/٦، وفي «الكبرى» (٥٣٥١) قال: أخبرنا قتيبة، قال: حدثنا مالك، عن عبد الله بن الفضل. وفي ٨٤/٦، وفي «الكبرى» (٥٣٥٢) قال: أخبرنا محمود بن غيلان، قال: حدثنا أبو داود، قال: حدثنا شعبة، عن مالك بن أنس، قال: سمعته منه بعد موت نافع بسنة وله يومئذ حلقة، قال: أخبرني عبد الله بن الفضل. وفي ٨٤/٦، وفي «الكبرى» (٥٣٥٣ و٥٣٧١) قال: أخبرني أحمد بن سعيد الرباطي، قال: حدثنا يعقوب، قال: حدثني أبي، عن ابن إسحاق، قال: حدثني صالح بن كيسان، عن عبد الله بن الفضل بن عباس بن ربيعة. وفي ٨٥/٦، وفي «الكبرى» (٥٣٥٥) قال: أخبرنا محمد بن منصور، قال: حدثنا سفيان، عن زياد بن سعد، عن عبد الله بن الفضل. و«ابن حبان» (٤٠٨٤) قال: أخبرنا أبو خليفة، قال: حدثنا القعنبي، عن مالك، عن عبد الله بن الفضل. وفي (٤٠٨٧) قال: أخبرنا الفضل بن الحباب، قال: حدثنا القعنبي، عن مالك، عن عبد الله بن الفضل. وفي (٤٠٨٨) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا هارون بن معروف، قال: حدثنا سفيان، عن زياد بن سعد، عن عبد الله بن الفضل.

كلاهما: (عبد الله بن الفضل، وعبيد الله بن عبد الرحمن بن عبد الله بن موهب) عن نافع بن جبير بن مطعم، فذكره.

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٩٨/٢، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢٢٤/٢، ٢٢٧ ط. دار الفكر، والقليوبي على الشرح المنهاج ٢٢٣/٣ ط. عيسى الحلبي بمصر، والمغني لابن قدامة ٤٩٣/٦، ٤٩٤ ط. الرياض، وكشاف القناع ٤٣/٥، ٤٦ ط. الرياض.

ذهبت عذرتها بغير جماع فهي بكر؛ لأن البكر اسم لامرأة كان مصيبها أول مصيب لها، ولهذا يقال باكورة النهار وباكورة الثمرة أي أولها وبعد زوال العذرة كان مصيبها أول مصيب لها فكانت بكرا، والثيب: اسم لامرأة كان مصيبها عائدا إليها مشتق من الثيابة وهي العودة.

(المنتقى): ولو أوصى بثلث ماله لجيرانه أو لأهل مسجد كذا أو لأهل سجن كذا، فإن كانوا يحصون قسم على أغنيائهم وفقرائهم؛ لأنه ليس في اللفظ ما يدل على التخصيص بل صدر منه على التعميم.

ولو أوصى لرجل من جيرانه بمائة درهم ثم أوصى لجيرانه بماله ينظر إلى ما أوصى لهذا خاصة إلى نصيبه مع الجيران فأيهما أكثر فهو له ويدخل الأقل في الأكثر؛ لأن المائة إذا كانت أكثر، فإنه يستحق باسم الجيرة وقد آثره الموصي بتعيين المائة فلا يستحق شيئًا آخر ومتى كان نصيبه مع جيرانه أكثر يكون رجوعا عما سمى له واشتراكا له مع الجيران كلهم.

ولو أوصى بثلث ماله لمجاوري مكة فالوصية جائزة، وإن كانوا لا يحصون صرف إلى أهل الحاجة منهم، وإن كانوا يحصون قسمت على عدد رؤوسهم.

واختلفوا في تفسير الإحصاء؛ قال أبو يوسف: إن كانوا لا يحصون إلا بكتاب وحساب فهم لا يحصون، وقال محمد: إن كانوا أكثر من مائة فهم لا يحصون وقيل الأمر موكول إلى رأي القاضي وهو الأحوط.

قال أبو يوسف: لو أوصى لكهول أهل بيته فهو لأبناء الثلاثين إلى الأربعين والشاب والفتى إذا احتلم إلى ثلاثين والشيخ من كان شيبه أكثر فهو شيخ، وإن كان السواد أكثر فليس بشيخ وفي رواية أخرى عنهم أن الكهول من أربعين إلى خمسين إلا أن يكون السبب غلب عليه فهو شيخ وهو رواية عن محمد وهو الأفضل، وفي رواية أخرى عن محمد من ثلاثين إلى أربعين، وقال أبو يوسف: في موضع آخر إن بلغ ثلاثين وخالطه شيب فهو كهل، وإن لم يخالطه شيب فهو شاب والعبرة للشمط والشيب، فإن الناس تعارفوا ذلك وأطلقوا الاسم عند وجود العلامات وهي الشمط والشيب.

(باب الوصية للموالي)

(**المبسوط**): أصله: أن الاسم المشترك لا يتناول إلا الواحد من المسميات كاسم العين لا يتناول إلا الواحد المنكر وهي عين الينبوع أو عين الركبة أو العين الباصرة، أو ما لا يتناول الكل وإن كان العين اسمًا للكل حقيقة؛ لأن الاسم الواحد لا ينتظم المسميات المختلفة والمتضادة في حالة واحدة لاستحالة أن يكون الكل مراد المتكلم بكلمة واحدة، ومن أوصى لمواليه وفيهم أعلى وأسفل لم تجز الوصية عند أبي حنيفة ومحمد.

ورُوي عن أبي حنيفة وأبي يوسف: أنها جائزة ويكون الثلث للأعلى والأسفل؛ لأنه علق الوصية باسم عام يعم ويشمل الأعلى والأسفل بطريق الحقيقة؛ لأن اسم المولى يطلق على المعتق وعلى المعتق شرعًا واستعمالًا، ولهذا لو قال لعبده: يا مولى يعتق بلا نية وإطلاق اسم المولى على الناصر والمحب بطريق المجاز؛ لأنه لم يتصل به استعمال الناس ولا تسارع إليه أفهامهم إلا بقرينة والكلام بحقيقته وهذا الاسم عام يمكن العمل بعمومه فيجب العمل به.

وجه ظاهر الرواية: أن العمل بعموم الاسم متعذر؛ لأنه اسم مشترك؛ لأنه يتناول المعتق والمعتق والمقصود مختلف، فإن الوصية للمعتق تكون مجازاة على إنعامه وإحسانه عليه والوصية للمعتق تكون زيادة على إنعامه وإسدائه عليه وبين الجزاء على الأنعام وبين ابتداء الإنعام تنافٍ وإذا اختلف المقصود تعذر على الاسم عليها؛ لأن الاسم المشترك لا ينتظم المعنيين المختلفين في حالة واحدة فبقي الموصى له مجهولا فبطلت الوصية، وليس هذا كما لو حلف لا يكلم موالي فلان دخل في اليمين الأعلى والأسفل؛ لأن الاسم يتناول أحدهما منكرا إلا أنه نكرة في موضع النفي فيعم وفي الإثبات يخص.

(**الجامع**): أوصى بثلث ماله لمواليه وله موالٍ أعتقهم ولمواليه أولاد ولمواليه موالٍ أعتقوهم فهو لمن أعتقهم وأولادهم دون موالي مواليه؛ لأن اسم المولى لمن أعتقه حقيقة ولمولى مولاه بمنزلة المجاز؛ لأنه إنما يتصف ويسمى بكونه مولى له بسبب إعتاقه وهو باشر إعتاقه ولمن باشر إعتاق مولى مولاه إلا أنه كان مسببا

لعتقه، فإن معتقه إنما يباشر العتق بإعتاقه، ولهذا يضاف إليه بواسطة فيقول موالي مواليه، ولهذا يجوز نفي اسم المولى عن مولى مولاه فيقال إنه ليس بمولى لهم وإنه مولى مولاه وولد المعتق يضاف إلى معتق الأب فيقال مولاه؛ لأن الولد صار معتقا بعتق الأب لا بإعتاق أبيه وعتق الأب مضاف إلى إعتاق معتقه فيكون عتق ولده بواسطة عتقه مضاف إلى إعتاقه كولد المكاتب والمدبر، ولهذا لا يجوز نفي اسم المولى عن أولاده فيقال هذا ليس بمولى فلان، فإن كان موليان فالثلث لهما؛ لأن الاثنين في باب الوصية والميراث بمنزلة الجمع فلهما الثلث بالإجماع.

ولو كان له مولى واحد وموالي مواليه فالنصف من الوصية لمولاه والباقي لورثته؛ لأن معتقه مولاه حقيقة ومعتق معتقه مولاه مجازًا والمجاز مع الحقيقة لا يجتمعان تحت لفظ واحد فدخل هذا الواحد تحت الوصية وقد وجب استحقاق الثلث باسم الجمع والواحد فرد واسم الجمع في الوصية يطلق على الاثنين فكان الواحد نصف أقل الجمع فيستحق النصف، وإن لم يكن له مولى فهو لمولى مواليه؛ لأن العمل بحقيقة الاسم هاهنا متعذر فحملناه على المجاز تصحيحًا لكلامه إذ المتكلم قد يريد المجاز عند تعذر العمل بالحقيقة صونا لكلامه وتصرفه عن البطلان ومولى العتاقة أولى من مولى الموالاة؛ لأن ولاء العتاقة آكد وأحكم وأقوى وألزم من ولاء الموالاة؛ لأن ولاء العتاقة لا يحتمل الفسخ وولاء الموالاة يحتمل الفسخ والنقض قبل العقل ولأن ولاء العتاقة ثابت بدليل مقطوع وهو الإجماع وولاء الموالاة ثابت بالاجتهاد مع الاختلاف والثابت بالإجماع أقوى وآكد من الثابت بضرب من الاجتهاد مع مساغ الاختلاف فيقدم الأقوى على الأوهى، فإن لم يكونوا فلمولى الموالاة.

وكذلك إذا أوصى لموالي بني فلان بفخذ يحصون فالثلث لمولى العتاقة ومواليهم دون مولى الموالاة؛ لأنه أضاف الوصية إلى أصل عام وهو موالي فخذ فلان يعلم بعموم الإضافة على أنه أراد بذلك المتيسر إلى الفخذ من مواليه بواسطة وغير واسطة؛ لأنه متى أراد الموصي التعميم في الوصية فإنما يتحقق التعميم متى صرفنا الاسم إلى المجاز؛ لأن معنى المجاز يوجد في الحقيقة وزيادة فكان تعميمه

بعموم المجاز لا بالجمع بين الحقيقة والمجاز كمن حلف لا يضع قدمه في دار فلان فدخلها راكبا أو ماشيا حافيا يحنث؛ لأن وضع القدم لما صار مجازًا عن الدخول والدخول يتحقق بأي صفة دخل ومولى الموالاة إنما لم يدخل؛ لأن ولاءه أضعف من ولاء العتاقة، وإن كان الاسم يتناوله بعمومه فلا يزاحمه في الاستحقاق لعدم تساويه في سبب الاستحقاق والمدبر وأم الولد لا يستحقون الوصية للموالي لأنهما يعتقان بالموت فلم يكن ولاؤهم ثابتًا وقت الوصية.

وعن أبي يوسف: أنهما يستحقان الوصية؛ لأن الولاء ثبت بالتدبير والاستيلاد في حال حياته. قلنا: الثابت في الحال حق الولاء لا حقيقة الولاء؛ لأن حق العتق ثابت فثبت حق الولاء وبحقيقة العتق تثبت حقيقة الولاء وحق الولاء لا يحتمل الفسخ والنقل كحقيقة الولاء حتى إذا دبر أحد الشريكين نصيبه من العبد المشترك فالولاء يكون بينهما، وإن عتق كله بإعتاق المدبر عندهما.

ولو قال لعبده: إن لم أضربك فأنت حر فلم يضربه يستحق الوصية مع الموالي؛ لأن شرط العتق قد تحقق وهو عدم الضرب فعتق في آخر جزء من أجزاء حياته فكان مولى حال نفاذ الوصية ووجوبها.

(باب الوصية للفقراء والمساكين)

(المبسوط): ولو أوصى بثلث ماله للمساكين للوصي أن يصرفه كله إلى مسكين واحد عندهما.

وعند محمد: ليس له أن يصرف إلا إلى مسكينين فصاعدًا.

وعند الشافعي: يصرف إلى ثلاثة فصاعدًا.

لمحمد: أن الوصية أخت الميراث بالنص والاثنان أقل الجمع في باب الميراث فكذلك في الوصية؛ لأن الأحقية تقتضي المساواة والمشاركة بينهما.

لهما: أن الألف واللام متى دخلا على لفظ جمع لا يلحقه العدّ، والإحصاء يصير للجنس ويسقط اعتبار معنى الجمع فيه كمن حلف لا يكلم الناس أو لا يتزوج النساء حنث بكلام واحد ويتزوج امرأة واحدة؛ لأنه لا يمكن العمل بعموم

الجمع فصار للجنس وقد مر شرحه في الأيمان فكذا هذا. واسم الجنس يقع على الأدنى ويحتمل الكل فعند الإطلاق ينصرف إلى الأدنى وهو الواحد؛ لأنه لا يمكن استغراق كل الجنس والعمل بعموم الجمع فينصرف إلى الأدنى وهو الواحد، ولهذا قلنا بأن المراد من قوله تعالى: ﴿ ۞ إِنَّمَا ٱلصَّدَقَٰتُ لِلۡفُقَرَآءِ وَٱلۡمَسَٰكِينِ ﴾ [التوبة: ٦٠] الجنس حتى جاز الصرف إلى فقير واحد.

(**الجامع الصغير**): أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاثة وللفقراء والمساكين فالثلث على خمسة ثلاثة لأمهات الأولاد وسهم للفقراء وسهم للمساكين.

وعند محمد: أنه يقسم على سبعة للفقراء سهمان وللمساكين سهمان وثلاثة لهن كذلك على هذا إذا أوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما، وعند محمد أثلاثًا وأصله ما ذكرنا وهو ما إذا أوصى بثلث ماله للمساكين.

(**المنتقى**): أصله أن الوصية متى وقعت بجهة القربة، فإن نص على معنى يدل على الحاجة مثل قوله لفقرائهم أو لأيتامهم أو لأراملهم، فإن كانوا يحصون فالوصية لأغنيائهم وفقرائهم؛ لأنه خص نوعا منهم فاستدعى عموم الحكم، فإن كانوا لا يحصون فالوصية لفقرائهم لا لأغنيائهم؛ لأن الجهة معلومة وهي جهة القربة من المبتغى من الوصية للفقراء القربة، فإن اسم الفقر يدل على الحاجة وكونه مصرفا للصدقات وكذا اليتم يدل على الحاجة؛ لأنه سبب يفضي إلى الحاجة قال الله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَٱلۡيَتَٰمَىٰ﴾ [الأنفال: ٤١] والمراد منه الفقراء دون الأغنياء.

ولو أوصى بثلث ماله لفقراء أهل الكوفة فأعطى الوصي فقراء أهل البصرة يجزئه عند أبي يوسف، وقال محمد وزفر: لا يجوز ويضمن الوصي؛ لأنه عيَّن الصرف والمحل فصار كما لو عين لصرفه فقيرًا واحدًا.

لأبي يوسف: إن الغرض من الوصية للفقراء التقرب إلى الله تعالى بطلب الزلفى وابتغاء الرضى وأهل البصرة والكوفة أقوام لا يحصون فتعذر الصرف إلى الكل،

فإذا أعطى غيرهم حصلت الصلة والقربة والزلفة والمرضاة فجاز، وإذا أوصى بثلث ماله لليتامى أو للعميان أو للزمنى فهو على الفقراء لأنا نعلم أنه لم يرد به إلا الفقراء.

ولو أوصى بثلث ماله للمساكين وورثته محتاجون وهم كبار حضور فصرفوا إلى أنفسهم أو بعضهم محتاجون فصرفوا إليهم جاز، وإن كان في الورثة صغير أو غائب لا يجوز؛ لأن الوصية بالصرف لعلة المسكنة والحاجة وقد تحققت المسكنة والحاجة فيهم وكانوا مصرفا إليهم وولاية الصرف تثبت لكل الورثة فما لم يوجد منهم الإنفاق على الصرف لا يجوز.

ولو أوصى بثلث ماله لبني فلان وهم خمسة عشر وللمساكين فهي بينهم على ستة عشر سهما لكل ابن سهم وللمساكين سهم.

ولو أوصى بثلث ماله لفلان وللفقراء والمساكين. قال أبو حنيفة: سهم لفلان وسهم للفقراء وسهم للمساكين.

وقال أبو يوسف: سهم لفلان وسهم للفقراء وللمساكين؛ لأن عنده الفقير والمسكين صنف واحد من حيث المعنى؛ لأن كلا الاسمين ينبئان عن الفقر والحاجة فصار كأنه أوصى لفلان وللفقراء، وعند أبي حنيفة الفقير والمسكين صنفان مختلفان فالفقير من له أدنى شيء من المال والمسكين من لا شيء له؛ لأن المسكين مأخوذ من المسكنة وهي عبارة عن العدم قال الله تعالى: ﴿أَوْ مِسْكِينًا ذَا مَتْرَبَةٍ ﴿١٦﴾﴾ [البلد: ١٦] أي ملصقا بطنه بالتراب لشدة الجوع وعدم الأطعمة فصار كأنه أوصى لثلاثة نفر.

ورُوي عن محمد: أنه يقسم على خمسة؛ لأن عنده الفقير والمسكين صنفان لفظًا ومعنى لما مر فصار كأنه أوصى بأربعة أسهم لهما وسهم لفلان.

ولو أوصى بثلث ماله للبائس والفقير والمسكين فعلى قياس قول أبي حنيفة لكل صنف سهم لأنهم أصناف وأنواع من الفقراء، فالبائس الفقير المتعفف عن السؤال الذي لا يسأل الناس، والفقير من له أدنى شيء ويسأل الناس، والمسكين من لا شيء له وله شدة الفقر والحاجة فصار كما لو أوصى لمرضى بني فلان

ولعميانهم وزمناهم يصرف إلى الأصناف الثلاثة فكذا هذا، وعند محمد للفقير سهم وللمسكين سهم.

(الفتاوى): ولو أوصى لأهل العلم ببلخ دخل فيه أهل الفقه والحديث، ولا يدخل فيه من يتعلم الحكمة مثل كلام أبي سفيان وغيره؛ لأن هؤلاء يسمون المتقشفية لا طلبة العلم.

وروى ابن سماعة عن أبي يوسف: في رجل أوصى بثلث ماله لأكفان موتى المسلمين أو لحفر قبورهم أو لسقاية المسلمين فهو باطل، ولو قال: في أكفان فقراء موتى المسلمين فهو جائز؛ لأن في الأول أطلق الإيصاء والتكفين وحفر القبور إنما يجب من رأس المال، فإذا لم يصح للبعض وهم الأغنياء لا يصح للباقين وفي الثاني نص على جهة القربة وهم الفقراء فصحت.

ولو أوصى بهذه البقرة لفلان لم يكن للورثة أن يعطوه قيمتها، ولو قال: هي للمساكين جاز لهم أن يتصدقوا بقيمتها وهو المختار للفقيه أبي الليث؛ لأن الموصى له متى كان معلوما يحتاج إلى قبوله للوصية، فإذا قبل الوصية فقد ملكها وليس للورثة ملك بعد وفاته فلا يجوز لهم دفع قيمتها فأما في الصدقة يجوز دفع القيمة؛ لأن المراد من الصدقة هي القربة وفي دفع القيمة قربة كما في دفع العين فاستويا في إقامة القربة فجاز دفع القيمة كما في الزكاة والنذور. والله أعلم بالصواب.

(باب الوصية للمساجد والرباطات وفي سبيل الله وفي وجوه القرب)

(المبسوط): ولو أوصى بغلة عبده أو جاريته في نفقة المسجد أو مرمته جازت؛ لأنه أوصى بما هو طاعة وقربة، ولو انهدم المسجد وقد اجتمع من غلتها شيء، فإنه يصرف إلى بنائه؛ لأنه من جملة مرمة المسجد والنفقة عليه.

(المنتقى): قال محمد: رجل قال: أوصيت بثلث مالي للكعبة فهو جائز ويعطى

مساكين مكة بالإجماع، ولو قال: أوصيت للمسجد روى محمد عن أبي يوسف: إنه باطل إلا أن يقول ينفق على المسجد، وقال محمد: هو جائز، ولو قال: لبيت المقدس، فإنه ينفق على المسجد وفي سراجه.

لمحمد: إن المسجد جهة صرف وهي العمارة والمرمة والمصالح وهي جهة قربة.

لأبي يوسف: إن العادة جرت بإضافة الصدقة إلى الكعبة والمقصود منه إعطاء ساكني مكة وفي سائر المساجد لم تجر العادة بإضافة الصدقات إلى المساجد ويراد بها إعطاء المساكين.

ولو أوصى بعبده لمسجد حتى يخدم المسجد أو يؤذن فيه، قال محمد: خدمة الغلام للمسجد جائزة، فإن اكتسب الغلام مالًا فالمال للورثة؛ لأنه أوصى بصرف منافعه إلى المسجد فصح كما لو أوصى بخدمة عبده لآخر، فإذا أخرج مخرج التقرب إلى الله تعالى أولى أن يصح. والكسب ليس من خدمة المسجد فسلم للورثة باعتبار ملك الرقبة كما في العبد الموصي بخدمته لآخر، وكذلك لو أوصى بخدمة غلامه للمساكين أو بمصاحف توقف في المسجد يقرأ فيها قال أبو حنيفة لم يجز ذلك لما عرف.

ولو قال: ثلث مالي لثغور فلان أو لقرويين فهو جائز استحسانًا؛ لأن الثغور أهم مصارف الصلات والصدقات.

ولو قال: أوصيت بثلث مالي لله تعالى، قال أبو حنيفة: الوصية باطلة، كما لو قال لعبده أنت لله لا يعتق عنده؛ لأنه وصف الثلث وأضاف العبد إلى من هو مضاف إليه من حيث العبودية والخلق والملك وكافة الورى لله تعالى قال الله تعالى: ﴿لِلَّهِ مُلْكُ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلْأَرْضِ وَمَا فِيهِنَّ﴾ [المائدة: ١٢٠].

وقال محمد: الوصية جائزة وتصرف إلى وجوه البر؛ لأنه يراد بهذه اللفظة عرفا الصدقة، فإن الفقراء إنما يستحقون الصدقات بالنيابة عن الله تعالى قال الله تعالى: ﴿أَنَّ ٱللَّهَ هُوَ يَقْبَلُ ٱلتَّوْبَةَ عَنْ عِبَادِهِۦ وَيَأْخُذُ ٱلصَّدَقَٰتِ﴾ [التوبة: ١٠٤] أي يقبل، وكذلك العتق إنما يراد به وجه الله تعالى وطلب ثوابه وابتغاء مرضاته وهذه النية لائقة للفظة

مطابقة لها، فإن أراد به العتق عتق، وإن أراد به الصدقة تصدق، وإن أراد به أن كله لله تعالى لا يلزم فيه شيء والمحق؛ لأن هذه المعاني محتملة للفظة منتظمة فيه.

ولو قال: أوصيت بفرسي يغزى عليها عني قال يغزى عنه ويستوي الفقير والغني، فإذا رجع رده إلى الورثة فيدفعونه إلى غيره أبدًا يغزي عليه.

ولو قال: فرسي وسلاحي في سبيل الله تعالى فهذا على التمليك يملك رجلًا فقيرًا، وكذلك لو قال: ثلث مالي في الغزو أو في سبيل الله أو في السبيل فهذا على تمليك الفقراء واجب أن يعطوا من يغزو.

ولو قال: أعطوا ثلث مالي من يغزو عني فهذا قد يعطى الغني يغزو عنه ويرد الفضل من النفقة. رجل جعل فرسه في الغزو. وقال: يعطي فقيرا في سبيل الله تعالى، فإذا ملكه صنع به ما شاء، فإن قال جعلته حبسا في سبيل الله تعالى قال يحبس في الرباط يغزى عليه، فإن استغنى عنه يؤاجره الإمام بقدر علفه، وإن لم يستأجره أحد باعه الإمام وأوقف ثمنه حتى إذا احتاجوا إلى ظهر اشترى بثمنه فرسا يغزى عليه.

(باب الوصية للرجلين فيموت أحدهما)

(المبسوط): ولو أوصى بثلث ماله لزيد ولعمرو، أو قال: بين زيد وعمرو، ثم مات الموصي ثم مات أحدهما فنصف الثلث للباقي ونصفه لورثة الموصى له الميت؛ لأن الموصى به صار ملكا لهما متى وجد منهما القبول بعد موت الموصي، وكذلك إن مات أحدهما بعد موت الموصي قبل القبول ثم قبل الحي يملكان الوصية؛ لأن الوصية لا تبطل بعدم قبول أحدهما؛ لأن الوصية المرسلة بمنزلة الميراث حتى يصير شريكا للورثة في التركة والميراث لا يبطل بموت الوارث فكذا الوصية بل يملكه الموصى له الميت في آخر جزء من أجزاء حياته، ولو مات أحدهما قبل موت الموصي رجع نصيبه إلى الموصي؛ لأن الوصاية لم تصر ملكا للموصى له الميت بل تبقى على ملك الموصي؛ لأن الوارث متى مات قبل موت المورث لا يرث فكذا الموصى له.

ولو قال: ثلث مالي لفلان وفلان وأحدهما ميت فالمال كله للحي؛ لأن قوله أوصيت بالثلث لفلان إيجاب كمال الثلث له لو اقتصر عليه، وكذلك قوله ولفلان؛ لأن اللفظ للاشتراك بين المعطوف والمعطوف عليه في الخبر؛ لأن الجملة الناقصة متى عطفت على الجملة الكاملة فالخبر المذكور للجملة الكاملة يصير مذكورا للجملة الناقصة فكان هذا إيجاب كمال الثلث لكل واحد منهما على الانفراد لكن عند التزاحم يضيق المحل فيصير مشتركا بينهما فكان ثبوت الشركة موجب المزاحمة والمزاحمة تنبني على صحة الإيجاب والإيجاب لم يصح للميت؛ لأنه ليس من أهل الملك فلا تتحقق المزاحمة فلم تثبت الشركة فبقي كمال الثلث للحي وسواء كان الموصي عالما بموت أحدهما أو لم يكن في ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف: إذا لم يكن عالما فللحي نصف الثلث؛ لأنه إذا علم لم يقصد بذكر الميت إيجاب الوصية له فكان ملغيا كلامه عابثًا به فقد رضي بأن يكون جميع الثلث للحي كما إذا ضم إلى الحي حائطا وإذا لم يعلم فقد قصد إيجاب نصف الثلث لكل واحد منهما والوصايا تصح على قصد الموصي وقد حسب أن الآخر حي فلم يرض بأن يكون جميع الثلث للحي.

وجه ظاهر الرواية: أن الموصي أوجب كمال الثلث للحي ونقصان حقه عن الثلث إنما يكون بحكم المزاحمة والمشاركة للثاني والمشاركة والمزامنة انعدمت ببطلان الإيجاب للثاني وذلك لا يختلف بين العلم والجهل فسلم للحي جميع الثلث.

(**الزيادات**): أصله أن الوصية متى أضيفت إلى شخصين معينين إن كانا أهلًا للاستحقاق عند الإيجاب كان الثلث بينهما؛ لأن الإيجاب لهما قد صح لوجود الأهلية فيهما عند الإيجاب، وإن انعدمت أهلية أحدهما عند الاستحقاق بالموت؛ لأن المزاحمة في الإيجاب تثبت لسبب إيجاب النصف لكل واحد منهما، كما لو أوصى بالثلث لأجنبي ولوارثه لم يكن للأجنبي إلا نصف الثلث، وإن لم يثبت الاستحقاق لوارثه لصحة الإيجاب لهما لوجود الأهلية فيهما، وإن لم يكن أحدهما أهلا للاستحقاق عند الإيجاب كان الثلث كله للأهل، كما لو أوصى بالثلث لفلان

ولحائط إذا قال أوصيت بثلث مالي بين فلان وفلان وأحدهما ميت فنصف الثلث للآخر، وكذلك لو قال بين فلان وبين هذا الحائط ونحوه؛ لأن كلمة بين تقتضي الاشتراك والتنصيف، ألا ترى لو قال: ثلث مالي بيني وبين فلان وسكت لم يكن له إلا نصف الثلث وكان الاشتراك موجب اللفظ لا بحكم المزاحمة في المحل بخلاف ما لو قال: ثلث مالي لفلان وفلان وأحدهما ميت؛ لأن الاشتراك والتنصيف هنا بحكم المزاحمة لا بموجب اللفظ؛ لأن اللفظ يقتضي الإفراد بالكل لما بينا.

ولو قال: ثلث مالي لفلان ولعقبه ثم مات الموصي فالثلث كله لفلان والوصية لعقبه باطلة لأنه جمع بين الموجود والمعدوم في الإيجاب؛ لأن عقب فلان من يخلفه بعد موته فلا يتصور له عقب في حياته واستحقاقه الوصية حال حياة الموصى له والعقب معدوم حال حياته والإيجاب للمعدوم لا يصح.

ولو قال: لفلان ولولد عبد الله فمات ولا ولد لعبد الله فالثلث كله لفلان؛ لأن الموصى له يعتبر يوم موت الموصي لا يوم الوصية؛ لأنه أرسل الموصى له وهو ولد فلان، ولو أرسل الموصى به فقال ثلث مالي ينصرف إلى ثلث ماله يوم موت الموصي لا يوم الوصية فكذا الموصى له ولا ولد لعبد الله يوم موت الموصي فلم يصح إيجاب الوصية له فبقي الإيجاب لفلان فصار كأنه أوصى لفلان لا غير.

ولو قال: ثلث مالي لفلان إن مت وهو فقير ولفلان بن فلان فمات والأول غني فللآخر نصف الثلث؛ لأنه صح الإيجاب بهما للحال؛ لأنه أوصى للمعين والمبين إلا أنه علق الاستحقاق ما أوجب له بكونه فقيرًا عند موته لا في الحال، فإذا كان غنيا انعقد شرط الاستحقاق وإذا صح الإيجاب لهما للحال والنصف بينهما من حكم الإيجاب لا من حكم الاستحقاق، فإذا كان الإيجاب منصفا كان حكمه منتصفا بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه أوجب الوصية لموصوف مرسل فيكون الإيجاب معتبرا عند الموت لا عند الإيصاء يحققه ويوضحه أن العين تعرف بالإشارة إليها لا بالصفة؛ لأن الصفة في العين لغو فلم يشترط الوصف لتناول الإيجاب وغير العين تعرف بالصفة لا بالإشارة فإنما يتناوله الإيجاب إذا وجد فيه تلك الصفة عند الموت موت الموصي، فإذا لم توجد الصفة لم يتناوله الإيجاب

وكان الثلث للآخر، وكذلك لو قال: ثلث مالي لفلان إن مت وهو حي ولفلان ابن فلان، فإن مات وهو حي فالثلث بينهما، وإن مات قبل موته كان للثاني النصف لا غير.

ولو قال: ثلث مالي لفلان ولمن افتقر من ولد فلان ثم مات الموصي وولد فلان كلهم أغنياء فالثلث كله لفلان؛ لأنه ضم إلى فلان شخصا موصوفًا بكونه فقيرا وما أشار إلى العين فيكون مرسلًا لا معينًا فيعتبر فيه حالة الموت لا وقت الإيصاء وقوله لمن افتقر يتناول من احتاج بعد أن كان غنيًا من الأصل؛ لأن هذا اللفظ إنما يستعمل فيمن افتقر واحتاج بعدما كان غنيا وقد ندب الشرع إلى الإحسان إليه لقوله عليه السلام: "**أكرموا ثلاثةً: عزيزَ قومٍ ذلَّ، وغنيًا افتقر، وعالمًا بين الجهّال**"[1] فيجوز أن يكون الموصي قصد بالتخصيص زيادة الثواب والفضيلة.

(باب الجمع بين الوصايا)

(المبسوط): فيه فصول:

فصل في الوصايا لله تعالى.

وفصل في الوصايا للعباد.

وفصل في الوصايا لهما.

(فصل)

ولو كانت الوصايا لله تعالى كلها نافلة وليس شيء منها عين بأن أوصى بأن يحج عنه ويتصدق بمائة ويعتق نسمة، فإنه يبدأ بما بدأ به الميت في ظاهر الرواية؛ لأن كلها سواء في البيوت والمقصود وهو التقرب لابتغاء مرضات الله تعالى وطلبًا لجزيل ثوابه وهربًا من أليم عقابه فكان تقديم ما قدمه الميت أولى لأنه أهم؛ لأن الظاهر من حال الإنسان أنه يبدأ بما هو الأهم فالأهم فيثبت التقديم بدلالة حاله لو

---

(١) أخرجه ابن حبان في الضعفاء (١١٨/٢، ترجمة ٧٠٠ عيسى بن طهمان) وقال: ينفرد بالمناكير عن أنس. وأخرجه أيضًا: ابن الجوزي في الموضوعات (٣٨٦/١، رقم ٤٦٦).

نص على الأمر بالتقديم لزمنا اتباعه وانقياده فكذا إذا ثبت التقديم بدلالة الحال؛ لأن الثابت بدلالة الحال كالثابت بصريح المقال، وفي رواية يبدأ بالأفضل فالأفضل يبدأ بالصدقة ثم بالحج ثم بالعتق؛ لأن الصدقة أفضل الطاعات وأجود الخيرات قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**تباهَت العبادات عند الله تعالى، فقالت الصدقة: أنا أفضلها**" ولأن نفعها عائدٌ إلى غيره ونفع غيرها مقتصرٌ عليه، وقد قال عليه السلام: "**خير الناس من ينفع الناس**".

والحج أفضل من العتق؛ لأنه من الأركان الخمسة والبداية بالأفضل أولى؛ لأنه أجزل ثوابًا وأعظم أجرًا.

[وجه ظاهر الرواية: أن المقصود من الوصايا الواقعة لله تعالى مُتَّحدٌ، وهو التقرب إلى الله تعالى لابتغاء مرضاته وطلبًا لجزيل ثوابه وهربًا من أليم عقابه، وإذا استوت في الثبوت والمقصود كان تقديم ما قدمه الميت أولى لأنه أهم؛ لأن الإنسان يبدأ بالأهم فالأهم ؛ لأن البداية من الموصي بمنزلة الأمر بالتقديم ولو نص على الأمر بالتقديم لزمنا اتباعه وانقياده، فكذا إذا ثبت التقديم بدلالة حاله][1] وإن كان بعض النوافل عينًا فإذا أوصى بأن يحج عنه بمائة ويشتري نسمة بعينها بمائة ويعتق عنه ويتصدق بمائة فإنهم يتحاصون؛ لأنه اختلف الموصى به والمقصود وكان إيجاب الحق لكل واحد من الموصى لهم ثابتًا مباشرة صريحا وتقديم ما بدأ به الميت ثابت دلالة ولا قوام للدلالة مع الصريح بخلافها، وإن كانت كلها فريضة وقد استوى الكل في الفريضة بأن أوصى بأن يحج حجة الإسلام ويؤدي عنه زكاة ماله ويعتق عنه رقبة عن كفارة يمينه أو عن كفارة قتله قيل بدأ بما بدأ به الميت لاستواء الكل في الوكادة والفرضية كما في النوافل.

وروى أبو يوسف والحسن عن أبي حنيفة، وهو قول أبي يوسف: إنه يبدأ بالحج ثم بالزكاة ثم بالكفارة؛ لأن وصية الكل ثابتة بكتاب الله تعالى إلا أنه توعد تارك الحج بالكفر بقوله: ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ مَنِ ٱسْتَطَاعَ إِلَيْهِ سَبِيلًا ۚ وَمَن كَفَرَ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَنِيٌّ

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

عَنِ ٱلۡعَٰلَمِينَ﴿٩٧﴾ [آل عمران: ٩٧] وقال عليه السلام: "**من مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهوديًا، وإن شاء مات نصرانيًا**" ولم يتوعد على تارك الزكاة بالكفر وما كان التوعد على تركه أغلظ وأشد كانت البداية به أحق، والزكاة من الأركان الخمسة وهي تختص بالمال وجوبًا وأداءً والعتق في الكفارة قد يتحول إلى الصوم عند الإعسار فكانت البداية بالزكاة أولى.

ورُوي عن أصحابنا: أنه يبدأ بالزكاة ثم بالحج ثم بالعتق، وهو رواية عن أبي يوسف أيضًا؛ لأن الحج تمحّضَ حقا لله تعالى والزكاة ممتزجة بحقين بحق الله تعالى وحق العبيد وإيفاء الحقين أولى من إيفاء حق واحد، وكفارة القتل والظهار واليمين مقدمة على صدقة الفطر؛ لأن هذه الكفارات أقوى وآكد في الفرضية والوجوب لأنها وجبت بالكتاب وصدقة الفطر وجبت بالأخبار المستفيضة والواجب بالكتاب أقوى وآكد والأقوى يقدم على الأوهى وصدقة الفطر مقدمة على كفارة الفطر؛ لأن كفارة الفطر وجبت بخبر الواحد وصدقة الفطر وجبت بأخبار مشهورة وإجماع الأمة وصدقة الفطر مقدمة على النذر، والنذور والكفارات كلها مقدمة على الأضحية لاختلاف العلماء في وجوبها ولا اختلاف في وجوب النذور والكفارات، والأضحية مقدمة على النوافل إلا في عتق نسمة بعينها فإنهما يتحاصان؛ لأن الموصى به قد اختلف فيعتبر التوزيع والمحاصة ولا يعتبر التقديم والسباقة تراجحا للموصى به؛ لأن في الوصية تعتق نسمة بعينها حقًّا الله تعالى وحق العبد؛ لأن في العتق حق العبد وإيفاء الحقين أولى من إيفاء حق واحد.

(فصل)

ولو قال: ثلث مالي لفلان وللحج فبينه وبين الحج نصفان؛ لأن الوصية بالحج وصية لله تعالى؛ لأن الحج تمحّض حقا لله تعالى فقد اجتمعت الوصية لله تعالى والوصية لعبد فصار كما لو أوصى بثلث ماله لاثنين يكون الثلث بينهما، وإن كان مع الوصايا لله تعالى وصيته لآدمي يضرب كل وصيته بحصتها وتعتبر كل جهة من جهات الوصايا المفردة، كما لو قال ثلث مالي لفلان، والحج والزكاة والكفارة

تقسم على أربعة؛ لأن الوصية للعبد مع الوصايا لله تعالى مختلفة غرضا ومقصدا والجهة هي المنصوص عليه فتعين كل جهة على حدة كما لو أوصى للفقراء والمساكين وأبناء السبيل تصرف كل جهة بسهم، وإن كان المقصود من الكل متحدا وهي القربة لأنها حقوق الله تعالى وفي حقوق العباد تعتبر الجهة.

(فصل)

(المنتقى): ولو أوصى بثلث ماله لفلان وللبائسين والفقراء أو لفلان واليتامى والفقراء أو لفلان وفي الرقاب والمساكين فعندهما تقسم على ثلاثة أسهم سهم لفلان وسهمين لصنفين آخرين، وعند محمد على خمسة لما مر، ولو كان ثلث ماله ألفان وأوصى بثلث ماله للفقراء من أهل بيته وهم عشرة وللمساكين وهم خمسة فحجة الإسلام وقيمة الحجة خمسمائة.

قال محمد: اضرب لفقراء أهل بيته بعشرة أسهم وللمساكين بسهم وذلك أحد عشر فاضرب لهم في الثلث بأحد عشر وللحجة بخمسمائة فجعلنا ألفين على خمسة أسهم كل سهم خمسمائة الحج منها سهم خمسها بقي أربعة أخماس تقسم على أحد عشر سهما فما أصاب سهما فهي حصة المساكين جعلته ما أصاب الحجة فيحج به عنه؛ لأن الحج فريضة والوصية للمساكين تطوع لأنها وصية لله تعالى فكانت الفريضة لهم والوصية لفقراء أهل بيته وصية للعباد والوصية للعبد مع الوصية لله تعالى يتساويان في المحاصة.

ولو أوصى بثلث ماله لفلان وفي نسمة والثلث قليل لا يوجد بنصفه نسمة يضرب صاحب الثلث في الثلث بنصف الثلث ويضرب النسمة بأدنى ما يشتري به النسمة، فإن كان الثلث أربعمائة وأدنى ما يوجد به النسمة ثلاثمائة يضرب صاحب الثلث بمائتين نصف الثلث ويضرب النسمة بثلاثمائة فيكون الثلث بينهما على خمسة للموصى له خمساه وللنسمة ثلاثة أخماسه ثم ترد حصة النسمة على الورثة؛ لأنه لا يوجد بها نسمة، وكذلك لو قال: ثلث مالي لفلان وفي الحج، كان لفلان نصف الثلث ونصفه للحج، فإن بلغ حجات حجَّ بها عنه حجات ولو لم يبلغ حجة حجَّ بها عنه من حيث تبلغ النفقة.

(الفتاوى) رجل قال: أخرجوا من مالي عشرة آلاف وأعطوا فلانا كذا وفلانا كذا حتى بلغ أحد عشر ألفًا ثم قال والباقي في الفقراء ثم مات، فإذا ثلث ماله سبعة آلاف قال تنفذ وصية كل واحد منهم على تسعة أجزاء من عشرين جزءًا ويبطل من وصية كل واحد أحد عشر جزءًا بخلاف ما لو قال: أعطوا من ثلث مالي فلانا كذا وباقي المسألة بحالها فلا شيء للفقراء ويعطى أصحاب الوصايا كل واحد منهم تسعة أجزاء من أحد وعشرين جزءًا من وصيته ويبطل السهمان؛ لأن في الأول ذكر في الابتداء جملة المال وجعل الباقي للفقراء فكأنه سمى لهم سهمًا كما سمى لغيرهم فيقسم الحاصل على سهامهم وفي الثاني لم يذكر جملة المال في الابتداء بل أمر بإعطاء كل واحد وصيته من الثلث وجعل الفاضل للفقراء ولم يفضل شيء من سهامهم.

(باب الوصية للوارث[1])

(المبسوط): لا وصية لوارث إلا أن يجيزها ورثة الميت بعد موته؛ لقوله عليه السلام: "**لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة بعد موته**"[2].

وهذا نص على أن الوصية للوارث إنما لم تجز لحق بقية الورثة لا لحق الشرع كالوصية بما زاد على الثلث للأجنبي لم تجز لحق الورثة؛ لأن حقهم تعلق بثلثي المال في مرض موته بدليل أن لهم أن ينقضوا تصرفه شرعًا في ثلثي ماله وبعض التصرف في ملك الغير يدل على تعلق الحق لهم به ولا تصحّ إجازتهم في حياة الموصي وتصحّ بعد موته وليس لهم أن يرجعوا بعد الإجازة وإن لم يقبض الموصى له وصيته؛ لأن الوصية قبل موت الموصي غير لازمة لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت فبالإجازة لا تصير لازمة منبرمة فيجب أن تكون الإجازة بمثابتها

(١) انظر: اللباب في شرح الكتاب ٣/٣٠٧، والشرح الصغير على أقرب المسالك ٤/٥٩٢، ومنهاج الطالبين ص٩١ ط. مصطفى الحلبي.

(٢) أخرجه أبو داود، في «المراسيل» (٣٤٩) قال: حدثنا أبو معمر، إسماعيل بن إبراهيم، قال: حدثنا حجاج، عن ابن جريج، عن عطاء الخراساني، فذكره.

غير لازمة يمكن للورثة الرجوع عنها كأصل العقد بخلاف ما بعد الموت لأنها صارت لازمة منبرمة، وكذلك الإجازة الصادرة من الورثة تصير لازمة ولأن الإجازة قبل موت الموصي صدرت من غير المالك حقيقة وحقا؛ لأن الورثة لا يملكون التركة قبل موت المورث حقيقة ولاحقا بدليل أن المورث يملك التصرف فيها ووطئًا واستمتاعا واستخداما واستغلالًا والإجازة الصادرة ممن ليس له حقيقة الملك والحق الملك لا يصح بخلاف ما بعد الموت وما يجوز بإجازة الوارث بالموصى له يملك من جهة الموصي لا من جهة المخير حتى يجبر الوارث على التسليم.

وقال الشافعي: يملك من جهة المخير حتى لا يجبر على التسليم كما لو وهبوا، وعلى هذا لو أعتق المريض عبده ولا مال له غيره فأجازت الورثة عتقه بعد موته ينفذ العتق من جهة الميت حتى تكون الدلالة، وعند الشافعي ثلث الولاء للميت وثلثاه للمخير كأنه أعتق ثلثيه.

والصحيح قولنا؛ لأن الوصية صدرت من الموصي مضافة ملكه حالًا ومآلًا؛ لأن جميع ماله مملوك له وقت الوصية وبعد الموت يبقى على حكم ملكه؛ لأن ما زاد على الثلث مشغول بحاجته، فإن لم يبطل هذا الشغل برد الورثة تبقى على حكم ملكه ولا ينتقل إلى الورثة، كما لو كان مشغولا بدينه فمتى أجازت الورثة بقي شغل الوصية فظهر أنه لم يكن منتقلا إلى ملكهم وسقط حقهم فنقد العقد السابق كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن، وإن أجاز بعض الورثة دون البعض يجوز في نصيب المجيز ويبطل في نصيب الراد؛ لأن هذا مما يقبل الوصف بالتحري على مثال إبراء الديون. ترك ابنين وأوصى لأحدهما بنصف ماله وأجاز أخوه بأخذ نصف المال والباقي بينهما؛ لأنه إذا نفذت الوصية بالإجازة صار نصف المال مشغولا بالوصية فلا يصير ميراثا كما لو حصلت الوصية لأجنبي وبقي نصف المال خاليا عن الوصية فيصير ميراثا بينهما.

ولو أوصى مع ذلك لأجنبي بنصف المال وأجازا كان للأجنبي نصف المال وللابن الموصى له نصفه ولا ميراث لهما؛ لأنه صار جميع المال مشغولا بالوصية

والمشغول بالوصية لا يكون ميراثا؛ لأنه يعطي النصف أولا للأجنبي؛ لأن وصية الأجنبي أقوى من وصية الوارث؛ لأن وصيته بقدر الثلث تجوز من غير إجازة ووصيته أصلا لا تجوز إلا بالإجازة والأقوى يقدم على الأوهى ومن أوصى بكل ماله ولا وارث له جازت وصيته.

وقال الشافعي: لا يجوز إلا بقدر الثلث.

والصحيح قولنا؛ لقول ابن مسعود: السائبة يضع ماله حيث أحب.

والسائبة الذي لا وارث له ولم يرو عن أقرانه خلاف فحلّ محل الإجماع ولأن من لا وارث له لم يتعلق حق أحد بماله فصادفت وصيته مالًا خاليًا عن حق الغير فوجد المطلق وهو الملك وفقد المانع مع إمساس حاجته إلى إحراز المثوبة وإكساب الذخيرة الجميلة في الآخرة فوجب أن تصح الوصية، ولو أوصى بكل ماله لرجل وأقر بأخ لأب وأم فللموصى له ثلث المال وما بقي للأخ؛ لأن المقر له بالنسب من الغير إذا مات المقر على إقراره مقدم على الوصية، ولو جحد المقر بعدما أقر به صدق على رجوعه والمال كله للموصى له؛ لأن الإقرار بالإخوة بمعنى الوصية؛ لأن إقراره يصح في حق استحقاق المال لا في حق ثبات النسب فقد أقر أن ماله من جهته بعد موته بغير بدل وهذا هو معنى الوصية فيكون جحوده رجوع عن الوصية فيصح، وكذلك لو كذبه أخوه في إقراره.

(الفتاوى) امرأة قالت في وصيتها: أعطوا لأقربائي التذكرة من مالي تصح هذه الوصية لقريبها الذي لا يرث منها، والتقدير في ذلك لمن خاطبه فيعطى من مالها قدر ما يطلق عليه اسم التذكرة لأنها لما لم تقدر فقد جعلت التقدير إلى المخاطب.

(باب الوصية للوارث والأجنبي فيجوز بلا إجازة)

(المبسوط): رجل أوصى لوارثه ولأجنبي، فللأجنبي نصف الوصية؛ لأنه صح الإيجاب فيما يملكه وبطل فيما لا يملكه عند عدم الإجازة ولم يبطل هذا ببطلان الآخر؛ لأن الشركة بينهما في حكم الإيجاب وببطلان بعض الحكم لا يبطل الإيجاب بخلاف ما لو أقر المريض لأجنبي ولوارثه في كلام واحد وأنكر الأجنبي

الشركة بطل الكل عندهما؛ لأن الاشتراك هنا مخبر عنه؛ لأن الإقرار إخبار عن كائن سابق والخبر بناء على المخبر به وكان المخبر به بمنزلة العلة والخبر بمنزلة الحكم للعلة، فإذا لم يثبت المخبر عنه وهو الاشتراك مع تكذيب شريكه لم يثبت حكمه وهو الخبر.

(**الزيادات**): مسائله على فصول:

أحدها: في الوصية للأجنبي مع إجازة الزوجة.

والثاني: في الوصية للأجنبي مع القاتل.

والثالث: في الوصية بالبيع من الوارث ومن الأجنبي.

(فصل)

أصله: أن الوارث إذا كان بحال لا يحوز جميع الميراث فالوصية بمقدار الثلث للأجنبي مقدمة في التنفيذ على حق هذا الوارث وبما زاد على الثلث مؤخرة؛ لأن الوصية بالثلث تقع نافذة مؤكدة مستحكمة فتكون في التنفيذ مقدمة وبما زاد على الثلث واهية ضعيفة موقوفة على إجازة الورثة فكانت مؤخرة عن حق الورثة، فإذا وصل إلى الوارث حقه صار كمن لا وارث له فتنفذ وصيته فيه. امرأة ماتت عن زوج وأوصت بنصف مالها لأجنبي جاز وللزوج الثلث وللموصى له النصف يبقى سدس لبيت المال؛ لأن وصية الأجنبي بقدر الثلث وصيته متأكدة نافذة فكانت في التنفيذ مقدمة فصار الثلث مستحقا بالوصية فبطل الإرث فيه فتبقى تركتها ثلثا المال وللزوج نصف ذلك وهو ثلث الكل بقي ثلث آخر وليس له مستحق بالميراث فينفذ فيه باقي الوصية وذلك السدس بقي سدس آخر لا وصية ولا وارث فيكون لبيت المال، وكذلك لو مات الرجل عن امرأته وأوصى بماله كله ولم يجز الورثة فللمرأة السدس وخمسة أسداسه للموصى له؛ لأن الثلث صار مستحقا بالوصية بقيت التركة ثلث المال فللمرأة ربع ذلك والباقي للموصى له؛ لأن الوصية مقدمة على بيت المال.

ولو ماتت عن زوج وأوصت لقاتلها بالنصف يأخذ الزوج النصف أولا وللقاتل

النصف الآخر؛ لأن الوصية للقاتل ضعيفة؛ لأنه بمنزلة الوارث فيقدم الميراث عليها فيستحق الزوج أولا نصف المال بالإرث والنصف الثاني فارغ عن حق الإرث فتنفذ الوصية فيه للقاتل فيه كما تنفذ الوصية للقاتل في تركة من لا وارث له، ولو تركت عبدين قيمتهما سواء وأوصت بأحدهما لزوجها فله العبدان بالإرث والوصية؛ لأنه صحت الوصية لفقد المانع يكون المال عاريا عن حق الغير.

(فصل)

أصله: أن الوصية للوارث بالثلث بمنزلة الوصية للأجنبي بما زاد على الثلث حتى لا تنفذ كل واحدة منهما إلا بإجازة الورثة؛ لأنها صادفت محلا تعلق به حق بعض الورثة فتوقفت على إجازتهم وكانت وصية الوارث ضعيفة. رجل مات عن امرأته لا غير وأوصى لها بجميع ماله وأوصى لأجنبي بجميع ماله بدأنا بالأجنبي فأعطيناه ثلث المال أربعة من اثني عشر ثم للمرأة ربع الباقي سهمان يبقى ستة بين المرأة والأجنبي نصفان عند أبي حنيفة؛ لأن وصية الأجنبي بقدر الثلث قوية ووصية المرأة ضعيفة ولا مزاحمة لضعيفة مع القوية فقدمنا القوية فاحتجنا إلى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر للأجنبي أربعة وللمرأة ربع ما بقي وذلك سهمان يبقى ستة يجب تنفيذ الوصيتين فيها؛ لأن وصية كل واحد منهما متساوية في الضعف والوهاية وعندهما يضرب الأجنبي في الستة الباقية بثمانية والمرأة بستة فيكون بينهما كذلك للأجنبي أربعة أسهم وللمرأة ثلاثة من سبعة، فإذا صار نصف المال على سبعة صار الكل على أربعة عشر وليس لذلك ثلث صحيح فاضرب أربعة عشر في ثلثه فصار اثنين وأربعين للأجنبي الثلث أربعة عشر وللمرأة ربع ما بقي سبعة بقي أحد وعشرون للأجنبي أربعة أسباعه وذلك اثنا عشر وللمرأة ثلاثة أسباعه وذلك تسعة وهذا الخلاف بناء على أن ما يستحق بالميراث تبطل فيه الوصية ضربا واستحقاقًا عند أبي حنيفة، وعندهما يبطل استحقاقًا لا ضربًا لما عرف في حساب الوصايا.

ولو أوصى لها بنصف ماله وللأجنبي بنصف ماله يضرب الأجنبي في الستة

الباقية بسهمين والمرأة بخمسة أسهم بالإجماع؛ لأن للأجنبي أربعة من اثني عشر بالوصية القوية وللمرأة ربع الباقي وذلك سهمان يبقى ستة وقد بقي من وصية الأجنبي سهمان تمام النصف ومن وصية المرأة خمسة لأنها أخذت بالميراث سهمين أحدهما مما كان وصيتها فيه فلا يعتبر وصيتها في ذلك السهم لكون ذلك السهم مستحقا لها بالميراث والآخر مما فيه وصية الأجنبي فيعتبر فيه وصيتها فتضرب هي بخمسة والآخر بسهمين فيكون النصف الباقي بينهما على سبعة فيكون الكل على أربعة عشر وليس لذلك ثلث صحيح فاضرب أربعة عشر في ثلثه فصار اثنين وأربعين.

ولو ترك الرجل عبدين قيمتهما سواء فأوصى بأحدهما لامرأته ولا وارث غيرها ثم أوصى بذلك العبد لأجنبي كان كله للأجنبي ولها نصف الباقي بالميراث والنصف لبيت المال؛ لأن الوصية للأجنبي أقوى من الوصية لها وإيجاب الوصية للأجنبي رجوع عن الوصية لها فيكون كله له لفراغه وخلوه عن حق الورثة.

ولو أوصى لها بأحد العبدين ولم يوص به للأجنبي كان لها نصف الباقي بالميراث؛ لأن ذلك ربع أصل ماله والنصف لبيت المال مع أن وصيتها ضعيفة فعند الوصية القوية للأجنبي أولى أن لا تصرف من بيت المال إلا النصف، ولو كان الأجنبي قاتل الزوج كان العبد له وللمرأة نصف الباقي بالميراث لما بينا.

ولو أوصى للمرأة بأحد العبدين وللأجنبي بالآخر كان للأجنبي ثلثا عبده يبدأ به أربعة من ستة فصار كل عبد على ستة وكلاهما على اثني عشر فللمرأة ربع ما بقي من العبدين سهمان من ثمانية بالميراث سهم ونصف من عندها ونصف سهم من عند الأجنبي يبقى لها من وصيتها أربعة ونصف ويبقى للأجنبي من وصيته اثنان يضرب كل واحد بذلك في الستة الباقية وقد انكسر بالنصف فأضعف ليزول الكسر فصار ثلاثة عشر وإذا صار نصف المال على ثلاثة عشر صار الكل على ستة وعشرين فاضرب أصل الحساب وذلك اثني عشر في ستة وعشرين فتصير ثلاثمائة واثني عشر سهما كل عبد مائة وستة وخمسين للأجنبي ثلثا عبده وذلك مائة وأربعة أسهم من مائة وستة وخمسين من عبده والباقي وذلك اثنان وخمسون للمرأة

بوصتيها وميراثها تبقى مائة وستة وخمسين تقسم بينهما على ثلاثة عشر سهما تسعة منها وذلك مائة وثمانية للمرأة في العبد الموصى به لها وأربعة أسهم وذلك ثمانية وأربعون للأجنبي من العبد الموصى به له، فإذا ضممت ذلك إلى مائة وأربعة صار كله مائة واثنين وخمسين.

(فصل)

أصله: أن الوصية للقاتل بمنزلة الوصية للوارث حتى لا يجوز إلا بإجازة الورثة عند أبي حنيفة.

وعندهما: لا يجوز أصلا، لما يأتي في بابه وإذا أوصى بماله كله لقاتله ولا وارث له وبكله لأجنبي فللأجنبي ثلثا المال والثلث للقاتل؛ لأن ثلث المال صار مستحقا للأجنبي بوصية قوية تبطل فيه الوصية الضعيفة ضربا واستحقاقا يبقى ثلثا المال استوت وصيتهما فيه؛ لأن وصيتهما فيما زاد على الثلث ضعيفة حتى لا تنفذ إلا بإجازة الورثة وإذا تساويا في الوصية تساويا في القسمة وإذا ماتت امرأة وتركت زوجها وأوصت لأجنبي بثلثي مالها ولقاتلها بثلثي مالها فللأجنبي ثلثي مالها وللزوج ثلثه والثلث الباقي بين الأجنبي والقاتل أثلاثًا.

عند محمد: القاتل منه سهمان ويكون المال كله من تسعة للأجنبي أولا ثلثه وللزوج ثلثه بقي ثلثه للأجنبي سهم وللقاتل سهمان، وعند أبي حنيفة الباقي بينهما نصفان؛ لأن عنده القاتل لا يضرب بما صار مستحقا للزوج بالميراث وإنما يضرب بما بقي وهو الثلث والأجنبي كذلك فصار الثلث بينهما نصفين والقسمة من ستة للأجنبي النصف ثلثه وللزوج سهمان وللقاتل سهم.

وعند أبي يوسف: لا يجوز الوصية للقاتل أبدًا وإن لم يكن له وارث وبين أنه إذا لم يكن لها وارث غير الزوج جاز إقرارها له؛ لأن المانع من صحة إقرار المريض لوارثه حق سائر الورثة حتى لو صدقوه كان الإقرار صحيحا وقد تعذر المانع هنا لانعدام الوارث لها فصح إقرارها له، وإذا قتلها زوجها وأجنبي عمدًا ثم عفت عنهما فأوصت للأجنبي بنصف مالها جازت الوصية ولا ميراث للزوج؛ لأنه قاتلها والقتل العمد يحرم عن الميراث فقد التحقت المرأة بمن لا وارث لها أصلا

فجازت الوصية للقاتل؛ لأن المانع من جواز الوصية وجود الوارث ولا وارث لها لفقد المانع فارتفع المنع.

(فصل)

ولو تركت زوجها وعبدًا قيمته ألف درهم وأوصت بأن يباع نصفه من الأجنبي بمائة بيع منه بمائة وتقسم المائة ونصف العبد بين الزوج وبيت المال على تسعة خمسة للزوج وأربعة لبيت المال وهذا بالاتفاق؛ لأن المرأة حابت الأجنبي بقدر أربعمائة والمحاباة بقدر ثلث المال مقدمة على حق الزوج وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث يبقى حق الزوج في نصف ما بقي وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وحق بيت المال في مائتين وستة وستين وثلثي درهم فيجعل كل ستة وستين وثلثي سهما فيصير حق الورثة في خمسة وحق بيت المال في أربعة.

ولو أوصت أن يباع العبد من زوجها بمائة يباع منه ويكون العبد والمائة للزوج، ألا ترى لو أوصت بنصف مالها للزوج يكون النصف له إرثا ونصفه وصية فكذلك الوصية بالمحاباة.

ولو أوصت بأن يباع نصفه من الزوج بخمسين يباع بخمسين ثم يقسم الثمن وباقي العبد على أحد عشر واحد لبيت المال وعشرة للزوج؛ لأن الوصية بالمحاباة وقعت بأربعمائة وخمسين ولم ترد الوصية بالمحاباة على نصف المال فصحت لأنه لا مستحق لها كما لو قالت: بيعوا النصف بخمسمائة وحطوا عنه أربعمائة وخمسين فيحط عنه ذلك فيبقى حق الزوج في نصف المال وذلك خمسمائة وحق بيت المال في خمسين؛ لأنه خلا عن الوصية والإرث فيجعل كل خمسين بينهما فيصير كله أحد عشر فيقسم المال على ذلك.

ولو أوصت أن يباع نصف العبد من القاتل بخمسين فكذلك عند محمد.

وعند أبي حنيفة: لا يجوز البيع في نصيب الزوج وإنما يجوز في نصيب بيت المال فيباع منه بخمسين ويكون لبيت المال؛ لأن عنده لو أوصى بالبيع من أحد ورثته لا يجوز فكذلك الوصية بالبيع من القاتل لا يجوز فيما هو حق الوارث؛ لأن الوصية للقاتل كالوصية للوارث فيأخذ الزوج نصف العبد والنصف الآخر فارغ عن

حق الزوج فتنفذ فيه الوصية بالمحاباة إذا رضي به القاتل فيباع منه بخمسين وتكون الخمسين لبيت المال، وإن لم يأخذه فلا وصية له؛ لأن الوصية بالمحاباة في ضمن الوصية بالبيع وقد بطلت الوصية بالبيع فتبطل هذه أيضًا فالنصف الباقي لبيت المال، وعند محمد البيع منه ليس بوصية، ولهذا يجوز عنده بيع المريض من وارثه بمثل قيمته إنما الوصية في المحاباة وذلك أربعمائة وخمسين فينفذ فيه؛ لأنه فارغ عن حق الورثة.

(باب الوصية للقاتل)

(المبسوط): إذا أوصى لقاتله لم يجز خلافًا للشافعي لما رُوي عن علي رضي الله عنه موقوفًا عليه ومرفوعًا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: **"لا وصية للقاتل"**(١).

ولأنه إنما حرم عن الميراث زجرًا له عن القتل جزاء على إساءته حيث استعجل بالقتل ما أخره الله تعالى وهو الميراث فكذلك يحرم عن الوصية جزاء على فعله زجرًا وردعًا له، وكذلك لو وهبه له في مرضه لأنها وصية، فإن أجازت الورثة جاز عندهما.

وقال أبو يوسف: لا يجوز بناء على أن امتناع جواز الوصية للقاتل.

عندهما: لحق الورثة وعنده لحق الله تعالى جزاء على معصيته وجريمته لقصده استعجال ما أخره الله تعالى من الإرث.

لهما: أن القاتل من أهل استحقاق المبرة والصلة في الجملة؛ لأنه لما تجاسر على مباشرة هذه المعصية لأطماعه الفاسدة فالشرع عاقبه بالحرمان عن استحقاق ما تعلق به حق الورثة لحقّهم، فإذا أجاز وأزال المانع فيزول المنع.

---

(١) أخرجه الدارقطني (٤/٢٣٦ - ٢٣٧ ط. دار المحاسن) من حديث علي بن أبي طالب، وفي إسناده مبشر بن عبيد، قال الدارقطني: مبشر بن عبيد متروك الحديث، يضع الحديث. وأورده الهيثمي في مجمع الزوائد (٤/٢١٤ ط. القدسي)، وقال: رواه الطبراني في الأوسط، وفيه بقية وهو مدلس.

ولو كان القاتل عبدًا جازت الوصية له لأنها وصية لمولاه هكذا ذكره صاحب الشامل، ونص محمد في (المبسوط) أنه لا يجوز؛ لأن الملك يقع للعبد أولا ثم ينتقل إلى مولاه متى فرغ عن حاجة العبد، ولهذا يعتبر القبول والرد من العبد لا من المولى وكان هذا باعتبار الابتداء وصية للعبد وإنه قاتل. ولا يجوز الوصية لمكاتب قاتله كما لا يجوز لمكاتب وارثه؛ لأنه يقع الملك لقاتله من وجه فتقع الوصية لقاتله من وجه فيحرم احتياطا ويجوز لابن القاتل وأبيه؛ لأنه ليس للقاتل في مال هؤلاء ملك ولا حق ملك، كما لو أوصى لابن وارثه يجوز إقراره لقاتله في مرض موته، كما لو أقر لوارثه في مرض موته إلا إذا كان يذهب ويجيء فهو صحيح، ويجوز إقراره ويجوز وصيته لقاتله إن كان صبيا أو مجنونا؛ لأنه لا يحرم عن ميراثه فلا يحرم عن وصيته.

ولو جرحه رجل ثم قتله جازت وصيته للجارح خلافًا لزفر؛ لأنه انقطعت سراية جناية الأول بقتل الثاني فلا تضاف السراية إلى الجاني الأول وكان القاتل هو الثاني قالوا وهذا إذا كانت جراحه الأول يرجى منها البرء فيكون القاتل هو الثاني، وإن كان لا يرجى منها البرء كما لو شق بطنه ونفذ إلى الأمعاء ثم آخر حزّ رقبته فالأول يبقى قاتلا، وإن قال لم يجرحني فلان صدق ولم يصدق ورثته عليه؛ لأنه إقرار على غيره بالبراءة عن الجراحة وإقرار الإنسان على غيره متى اتصل به تكذيب من جهة المقر له لم يصح، فإن أقاموا البينة لم تقبل للتناقض.

ولو أعتق عبدًا صغيرًا في مرضه ثم قتله الصغير يسعى في قيمتين وله الثلث من ذلك إن لم يكن له مال عند أبي حنيفة.

وعندهما: الدية على عاقلة مولاه ويحسب له قيمته من الثلث، وإن كان كبيرًا قتله خطأ يسعى في قيمتين ولا وصية له؛ لأن المستسعي بمنزلة المكاتب عند أبي حنيفة وجناية المكاتب على مولاه معتبرة وقد أوصى له برقبته لما أعتقه فصحت الوصية بقدر الثلث متى كان العبد صغيرًا، وإن كان كبيرًا فلا وصية له فيسعى في قيمة نفسه عملًا بالعتق وقيمة أخرى بالقتل وعندهما المستسعي بمنزلة حر مديون ودية الحر على عاقلته والوصية للصغير جائزة فيسلم له ثلث رقبته ولا وصية للكبير فيسعى في قيمته.

(القسم الثالث في نصب الأوصياء وتصرفاتهم)

(باب الإيصاء)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في جواز الإيصاء وكيفيته.

والثاني: في قبوله ورده.

والثالث: فيمن يجوز إليه الإيصاء ومن لا يجوز.

والرابع: في عزله.

(فصل)

الرجل إذا حضره الموت ينبغي أن يوصي ويكتب وصيته لقوله عليه السلام: "**لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُؤْمِنُ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أن يبيت إلا ووصيته تحت رأسه**"(١).

ويكتب كتاب الوصية: هذا ما أوصى فلان بن فلان وأنه يشهد أن لا إله إلا الله وأن محمدًا عبده ورسوله، وأن الجنة حق والنار حق، وأن الساعة آتية لا ريب فيها، وأن الله يبعث من في القبور، وأن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين.

أي: في هذه الوصية لما رُوي عن النبي عليه السلام أنه قال: "**من كان آخر كلامه شهادة أن لا إله إلا الله وأني رسول الله وجبت له الجنة**"(٢).

---

(١) انظر: الفتاوى الهندية ١/١٥٧، وفتح القدير ١/٤٦٦، ونهاية المحتاج ٢/٤٢٨.

(٢) أخرجه أحمد ٥/٢٣٣ (٢٢٣٨٤) قال: حدثنا محمد بن بكر. وفي ٥/٢٤٧ (٢٢٤٧٨) قال: حدثنا أبو عاصم. و«أبو داود» (٣١١٦) قال: حدثنا مالك بن عبد الواحد المسمعي، قال: حدثنا الضحاك بن مخلد.

كلاهما: (محمد بن بكر، وأبو عاصم، الضحاك بن مخلد) عن عبد الحميد بن جعفر، قال: حدثني صالح بن أبي عريب، عن كثير بن مرة الحضرمي، فذكره.

ثم يكتب: وإن العبد المذنب الضعيف المفرّط في طاعته المقصر في خدمته المفتقر إلى رحمته الراجي لفضله الهارب من عدله ترك من المال الصامت كذا، ومن الرقيق كذا، ومن العقار كذا، وعليه من الديون كذا إن كان عليه دين ويسمي اسم الغريم واسم أبيه وجده.

ويكتب: إن مت من مرضي هذا وأوصيت بأن يصرف ثلث مالي إلى وجوه الخيرات وأبواب البر تداركًا لما فرّط في حياته وتزودًا وذخرا لآخرته، وأنه أوصى إلى فلان بن فلان ليقوم بقضاء ديونه وتنفيذ وصيته وتمهيد أسباب ورثته، فعليه أن يتقي الله تعالى حق تقاته ولا يتقاعد عن أموره ووصيته ولا يتقاصر عن إيفاء حقوقه واستيفائها، وإن تقاعد كان الله حسيبًا عليه ويشهد على ذلك، وإنما يصح الإشهاد إذا علم الشهود بما في الصك لقوله عليه السلام للشاهد: "**إِذَا عَلِمْتَ مِثْلَ الشَّمْسِ فَاشْهَدْ وَإِلَّا فَدَعْ**"[(١)].

ولو قال الشهود بعدما قرأوا الصك: نشهد عليك، فحرك رأسه بنعم ولم ينطق لم تجز شهادتهم، وإن اعتقل واحتبس لسانه.

رُوي عن أبي يوسف أنه يجوز وتعتبر إشارته وهو قول الشافعي؛ لأن الإشارة تقوم مقام العبارة عند عجزه عن النطق والعبارة كالأخرس؛ لأن العجز عن النطق متى تحقق يستوي فيه العارضي والأصلي فيما تتعلق صحته بالنطق كالعجز عن القراءة حتى تجوز صلاة من اعتقل لسانه بغير قراءة كما تجوز صلاة الأخرس.

لنا: أن الإشارة تقوم مقام العبارة حالة اليأس عن النطق والعبارة وهنا لم يقع اليأس عن النطق والعبارة؛ لأن اعتقال لسانه واحتباسه لا يدوم بل بعرض الزوال والانطلاق في كل ساعة والإشارة محتملة غير مفهمة ولا معلمة وفي الأخرس تقدمت منه إشارات مفهمة معلمة لمراداته الباطنة فزال الاحتمال عن إشارته فقامت

---

(١) أورده السخاوي في المقاصد الحسنة (ص ٢٩١) وعزاه إلى الحاكم والبيهقي. وأخرجه الحاكم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما بلفظ: (ذُكر عند رسول الله صلى الله عليه وسلم الرجل يشهد بشهادة فقال لي يا ابن عباس: "**لا تشهد إلا على ما يضيء لك كضياء هذا الشمس**" وأومأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده إلى الشمس، والحديث صححه الحاكم وأعله (المستدرك ٩٨/٤ نشر دار الكتاب العربي).

مقام نطقه وعبارته وهنا لم يتقدم منه إشارات معلومة حتى يعلم بإشاراته الواضحة على مراداته الباطنة وإذا طالت العقلة والحبسة في لسانه ودام قيل لا تعتبر إشاراته وقيل تعتبر وهو مروي عن أبي حنيفة؛ لأنه لما طالت العقلة صارت له إشارات معلومة مفهومة معهودة فتقوم مقام العبارة كما في الأخرس وإضافة الوكالة إلى ما بعد الموت وصية؛ لأن الإيصاء توكيل بعد الموت والوصاية قبل الموت وكالة.

ولو أوصى إلى رجل في ماله كان وصيا فيه وفي ولده والوصي في نوع يكون وصيا في الأنواع كلها خلافًا للشافعي؛ لأنه لو لم تعم وصايته تقع الحاجة إلى نصب وصي آخر وجعل من اختاره الميت وصيا في بعض أموره وصيًّا في كلها أولى من جعل غيره وصيا؛ لأن الموصي لم يرض بتصرف غيره في شيء من الأمور ورضي بتصرف هذا في بعض الأمور واستوصته واستصلحته في الوصاية فكان جعل هذا وصيًّا على العموم أولى.

ولو قال: فلان وصيّي إلى أن يقدم فلان ثم الوصية إلى القادم فهو كما قال.

وذكر القدوري الأول وصي مع الثاني ولا يصح تخصيصه بزمان دون زمان.

وجه ظاهر الرواية أن الإيصاء قابل للتوقيت؛ لأنه توكيل أو إثبات ولاية وكلا الأمرين قابلان للتوقيت فيؤقت وصاية الأول بقدوم فلان، فإذا قدم فلان انعزل الأول كما لو وكل وكيلًا إلى أن يقدم فلان وصار الثاني وصيا؛ لأنه علق وصيته بالشرط وتعليق الإيصاء بالشرط جائز كتعليق الوكالة حتى لو قال: أوصيت إلى عمرو ما لم يقدم زيد وسكت فقدم زيد، فإن عمرو يبقى وصيا بعد القدوم؛ لأنه ما فوض الوصاية إلى زيد بعد قدومه بل سكت عنه فلو لم يبق عمرو وصيا بعد قدومه احتجنا إلى نصب وصي آخر فكان إبقاء عمرو وصيا، فإنه مختار الميت ووصيه أولى بخلاف الأول؛ لأنه فوض الوصاية إلى الثاني نصًّا بعد القدوم فلا حاجة إلى إقامة وصي آخر مقامه.

(فصل)

ولا بد له من قبول الوصاية إليه؛ لأنه متبرع بالعمل ويلحقه ضرر العهدة فلا بد

من قبوله والتزامه، ولو قَبِلَ قَبْلَ موته أو بعده يلزمه وليس له أن يردها دفعًا للضرر عن الموصي لئلا يصير مغرورا من جهة الوصي؛ لأنه اعتمد على قبوله بأن يقوم بجميع التصرفات بعد وفاته والوصي بقبول الوصاية التزم ذلك ولو صح رده وقع الموصي في ضرر ويصير مغرورا من جهة الوصي فصارت الوصاية لازمة شرعا بالتزامه نظرا للموصي دفعا للضرر عنه بخلاف الوصية بالمال؛ لأن ثمة لو صح رده بعد موته لا يتضرر الميت؛ لأنه يعود الثلث إلى الورثة بل الضرر على الموصى له ولو قتل في حياة الموصي ثم رده في حياته مواجهة يصح ولا يصح بدون محضر الموصي أو علمه كما في التوكيل؛ لأن الإيصاء وكالة واستنابة بعد الموت ولأنه في حياته يمكنه أن يوصي إلى غيره فلا يتضرر متى علم برده ولو لم يقبلها في حياته فهو بالخيار بعد موته إن شاء قبل، وإن شاء رد؛ لأنه يمكنه أن يسأل هل يقبله أو لا يقبله، فإذا لم يسأل واعتمد على أنه يقبله بعد موته ولم يوص إلى غيره فقد قصر في أمره فصار مغترًا من جهة نفسه لا مغرورا من جهة الوصي والقبول بالفعل تنفيذ وصيته أو شراء شيء للورثة أو قضاء دين كقبوله بالقول؛ لأن الوصاية قد تمت وتقررت بموت الموصي شرعا إلا أنه توقف لزومه على قبول الوصي حتى لا يلزمه ضرر الوصاية بغير رضاه، فإذا تصرف الوصي تصرفا يدل على قبوله تلزمه الوصاية؛ لأنه لا يقدر على الرد إلا برد التصرف ولا يمكنه رد التصرف؛ لأنه تصرف بإذن الميت فلا يبقى له ولاية الرد فلزمه الوصاية ضرورة.

(فصل)

ومن أوصى إلى عبده لم يجز إن كان في الورثة كبارًا، وإن كانوا صغارًا جاز عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز؛ لأن هذه وصية إلى عبد غير الموصي وهو عند الورثة؛ لأن الوصاية تصح بعد الموت والوصية إلى عبد الغير باطلة بالإجماع؛ لأن الوصاية تقع لازمة حتى لا يقدر أحد على إبطالها والعبد ليس بأهل لمثل هذه الولاية، فإنه لا يثبت له ولاية لازمة له أن الوصاية ليست إلا طلب التصرفات والعبد قادر على إقامة ما فوض إليه من التصرفات وليس للورثة الصغار منعه وحجره من التصرفات وللموصي ولاية الإيصاء وولاية فك الحجر عن هذا العبد، وإن كان

العبد ملكا للورثة، فإن له ولاية على التركة في حق الورثة فيصير إذنه كإذنهم فتلزمه العهدة فيصح إيصاؤه لحاجة الصغار بخلاف ما لو كان في الورثة كبار؛ لأنه لا فائدة في تصحيح الوصاية مع قيام الولاية لهم على إبطالها بحجر العبد عن التصرفات، ولو أوصى إلى عبد غيره لم يجز وإن أجازه مولاه؛ لأنه عاجز عن إقامة ما فوض إليه من التصرفات؛ لأن للمولى ولاية منعه وحجره لما فيه من تعطيل منافعه فلا فائدة في تصحيح الوصاية، ولو أوصى إلى مكاتبه أو مكاتب غيره جاز؛ لأنه قادر على إقامة ما فوض إليه؛ لأن للمكاتب ولاية مستحقة على كسبه ونفسه، ولو أوصى مسلم إلى ذمي أو مستأمن لم يجز وعلى عكسه يجوز؛ لأن في الإيصاء إليهما إثبات ولايتهما على المسلم ولا ولاية للكافر على المسلم ولأنه لا يؤتمن ويتّهم في حق أولاد المسلمين.

وذكر في كتاب القسمة: في الذمي أنه يجوز ويخرج على أنه قادر على إقامة ما فوض إليه من التصرفات، ولهذا يصلح الذمي والمستأمن وكيل المسلم في حياته فكذلك بعد وفاته إلا أن الذمي يستبيح عقودا هي محرمة في الشريعة فكان متهما في إيقاع الورثة في الحرام، ولهذا كره توكيل الذمي بالبيع والشراء؛ لأنه ربما يوقعه في الحرام. والوصاية على الصغير تجوز كالوكالة ولكن لا يلزمه العهدة ووصي الأب أولى من الجد؛ لأنه قائم مقام الأب.

(فصل)

وإذا ظهرت من الوصي خيانة عزله القاضي ونصب آخر؛ لأن الأمانة في الإيصاء أصل؛ لأن منفعة الإيصاء وفائدته لا تحصل إلا بالأمانة والأوصياء ثلاثة عدل كافٍ وعدل غير كافٍ وفاسق عادي فالعدل الكافي لا يعزله القاضي؛ لأنه وافى ولو عزله ينعزل وصار جائزا إثما؛ لأن للقاضي يدًا باسطة وولاية شاملة على الناس كافة خصوصا على مال الميت والصغار فيكون عزل القاضي كعزل الميت لو كان حيا ولكنه صار آثما؛ لأنه فعل ما ليس له فعله؛ لأن الوصي هو الذي اختاره وارتضاه وعيّنه واصطفاه.

ولو لم يعلم القاضي بأن للميت وصيا والوصي غائب فأوصى إلى رجل فالوصي هو وصي الميت دون وصي القاضي؛ لأنه مختار الميت ومرتضاه كما إذا كان القاضي عالمًا به والعدل الذي ليس بكافٍ أو ضعيف لا يقدر على التصرف وحفظ التركة بنفسه يضمّ إليه غيره ولا يعزله لاعتماد الوصي عليه لأمانته وصيانته حتى لا ينقطع عن الميت منفعة عدالته ويضم إليه غيره حتى يزول ضرر عدم كفايته وهدايته والفاسق العادي المخوف على ماله للقاضي عزله ونصب آخر مكانه؛ لأن في إبقائه على الوصاية إضرارا بالميت والصغار والميت لا يقدر على الاستدراك فقام القاضي مقامه في العزل وعن أبي يوسف الدخول في الوصية أول مرة غلط والثاني جناية والثالث سرقة.

(**الفتاوى**): ولو قال الوصي: لي على الميت دين ولا بينة له قيل بأن القاضي يخرجه من الوصاية؛ لأنه يستحلّ الأخذ من مال الميت وقيل لا يخرجه إلا إذا ادعى شيئًا بعينه أخرجه من يده والمختار أن يقول القاضي للوصي إما أن تقيم البينة عليه حتى يستوفى وإما أن تبرئه من الدين وإما أن أخرجك من الوصاية، فإن أبرأه وإلا أخرجه.

وذكر الخصاف في (**أدب القاضي**): أن القاضي يجعل للميت وصيا آخر في مقدار ذلك الدين خاصة حتى يقيم الأول البينة على الوصي؛ لأن البينة لا تقبل إلا على الخصم ولا يخرجه من الوصاية. مريض قال لآخر اقض ديوني صار وصيا في قول أبي حنيفة.

وقال محمد: ما لم يقل اقض ديوني ونفذ وصاياي لا يصير وصيًا.

ولو علم الوصي بدين على الميت ولا بينة للدائن قال نصير بن يحيى يبيع الوصي بعض التركة من الغريم ثم يجحد الغريم الثمن فيصير قصاصًا عما له، فإن كانت التركة متاعًا أودعه ثم يجحد فيصير قصاصًا عما عليه.

وقال نصير عن أبي سليمان: وصي شهد عنده عدل أن لهذا على الميت ألف درهم قال يسعه أن يعطيه بقوله، فإن خاف الضمان وسعه أن لا يعطيه، ولو علم الوصي يكون شيء من التركة بعينه مغصوبا أو وديعة يدفعه إلى مالكه.

(باب الوصية إلى رجلين)

(المبسوط): أوصى إلى رجلين جميعًا أو وكل واحدًا منهما على حدة لا يجوز لأحدهما أن يتصرف بدون صاحبه إلا ما لا بد منه عندهما خلافًا لأبي يوسف، وكذلك الأبوان إذا ادعيا ولد جارية بينهما لا ينفرد أحدهما بالتصرف في مال الولد خلافًا لأبي يوسف.

له: أن الوصي يتصرف بحكم الولاية والخلافة لا تحكم الأمر والتفويض؛ لأن الأمر والتفويض قد بطل بالموت فلا يصح إضافة الأمر إلى ما بعد الموت لكن بحكم الوصاية يقوم الوصي مقام الموصي في التصرف والتصرف بحكم الولاية لا يتقيد بقوله برأي غيره كأحد الوليين في التصرف.

لهما: أن الوصي متصرف بحكم الأمر والتفويض، فإن الموصي يأمره بالتصرفات ويقيمه مقام نفسه بعد موته في التصرفات لعجزه عن التصرفات بنفسه وحاجته إلى استخلاف غيره في التصرفات فصح أمره وتفويضه إلا أن أمره قد بطل بعد موته بعد صحته ونفوذه، ولكن بناء الأمر ليس بشرط لبقاء حكمه في الوصية خاصة؛ لأنه تفويض للتصرف بعد الموت وهو فوّض التصرف إليهما ورضي برأيهما لا برأي أحدهما فلا ينفرد أحدهما بالتصرف فيما يتهيأ عليه اجتماعهما ويحتاج فيه إلى الرأي والتدبير كالوكيلين في حالة الحياة لأنهما وكيلان بعد الوفاة وإلا ما لا بد له منه وهو شراء الطعام والكسوة واستئجار الطير وبيع ما تسارع إليه الفساد وشراء الكفن للميت واستئجار الحمال لحمل الجنازة ورد الوديعة وقضاء ديونه وتنفيذ وصيته بألفين أو بألف مرسلة أو بإعتاق عبد بعينه وإجازة نفس اليتيم ورد ثمن المبيع ببيع من الوصي وليس لأحدهما قبض المبيع وقبض الموهوب لليتيم وإيداع أحدهما في يده من تركة الميت وإعطاء النفقة للفرس الموصى به للغزو؛ لأنه لا يحتاج في ذلك إلى الرأي والتدبير وفي التأخير ضرر بالموصي والصبي بخلاف الوصية بأعمال البر وإعتاق عبد لا بعينه؛ لأنه يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير، ولو مات أحدهما نصب القاضي مكانه آخر عندهما، فإن شاء يجعل الباقي وصيا مطلقا؛ لأن هذا الباقي يقدر على التصرفات أجمع.

وعند أبي يوسف لا حاجة إلى نصب وصي آخر، وإذا وكل أحد الوصيين صاحبه في بيع جاز اتفاقا؛ لأنه اجتمع فيه رأيهما.

ولو أوصى في العين إلى رجل وفي الدين إلى آخر وأوصى ببعض ولده وميراثهم إلى رجل وبالبعض وميراثهم إلى آخر فهما وصيان في الكل عندهما، وقال محمد يقتصر على ما ذكر.

وروى الحسن عن أبي حنيفة: لو قال علي أن لا يد لأحدهما فيما للآخر يصير كل واحد منهما وصيا فيما أوصى إليه خاصة.

لمحمد: أن الوصي يتصرف بحكم الأمر والتفويض؛ لأن الوصاية تفويض الأمر إليه بعد الممات والولاية تثبت بناء عليه ضمنا له فملك التصرف بقدر ما فوض إليه كالوكيل بخلاف ما لو أوصى في نوع؛ لأن ثمة جعلناه وصيا في الأنواع كلها للضرورة لما بينا ولا ضرورة هنا. لهما أن الوصي يتصرف بحكم الولاية لا بحكم النيابة والوكالة عن الميت؛ لأن المتصرف عن ولايته أن يتصرف لغيره عند عجزه عن التصرف بنفسه نظرًا له، والميت عجز عن التصرف بنفسه لفقد أهليته فلا يمكن أن يجعل تصرف الوصي كتصرفه لكن بالإيصاء أثبت الولاية لغيره بعد موته في تركته عند عجزه نظرا له فصار الوصي وليا للميت بحكم الأمر بخلاف الوكيل؛ لأن الوكيل يتصرف بحكم النيابة عن المنوب عنه؛ لأنه يتصرف له مع قدرته عليه بنفسه؛ لأن المستنيب مستعين بالنائب وقد أناب كل واحد منهما مناب نفسه في أمر خاص فيقتصر عليه.

(**الفتاوى**): ولو أوصى بالتصدق بالحنطة على الفقراء قبل رفع الجنازة ودفع أحد الوصيين إن كانت الحنطة في الدار جاز دفعه، وإن لم يكن فالصدقة على المعطي أوصى إلى رجلين، وقال لهما: ضعا ثلث مالي حيث شئتما ثم مات أحد الوصيين بطلت الوصية.

ولو قال: ثلث مالي للمساكين والمسألة بحالها، قال أبو يوسف: للآخر أن يتصدق وحده وقيل إن شاء القاضي يجعل وصيا آخر معه، وإن شاء يقول للثاني اقسم أنت وحدك.

أوصى إلى رجل وقال: اعمل برأي فلان فهو الوصي خاصة دون الثاني وله أن يعمل بغير رأي فلان، ولو قال: لا تعمل إلا برأي فلان فهما وصيان وهو الصحيح، وهذا يشبه قول أصحابنا فيمن وكل آخر وقال له: بع بشهود فباعه بغير شهود جاز، ولو قال لا تبعه إلا بشهود أو لا تبع إلا بمحضر فلان لا يجوز له أن يخالف، وكذلك لو قال للوصي: اعمل بعلم فلان فله أن يعمل بغير علمه، ولو قال لا تعمل إلا بعلم فلان لم يجز له أن يعمل بغير علمه.

ولو أوصى بأن تباع داره ويشترى بثمنها عشرة أوقار حنطة وألف من خير يتصدق بها على المساكين فبيعت الدار ولم تبلغ ثمنها ما يشتري به مقدار الموصى به يكمل من ثلث ماله إن اتسع الثلث لذلك ولغيره من الوصايا وصار كأنه أوصى بذلك وقال: اجعلوا من مالي كذا فجعلوه من غيره جاز لجواز أن سائر أمواله خبيثة ونعرف طائفة من ماله طيبة فيخص ذلك بوصاياه.

(باب تصرف الوصي في الموصى به)

(المبسوط): أوصى إلى رجل بأن يضع ثلث ماله حيث أحب جاز أن يجعله في نفسه خلافًا للشافعي، وكذلك لو نص على الوضع عند نفسه صح خلافًا له؛ لأن الوصي امتثل أمر الموصي متى وضعه عند نفسه؛ لأنه أمره بوضعها عند من أحب مطلقًا والمطلق يجري على إطلاقه ولا يجوز تخصيصه ما لم يقم دليل التخصيص كما في أوامر الشرع.

ولو قال: أعط من شئت لا يعطي نفسه؛ لأن الإعطاء لا يتحقق إلا بأخذ غيره والدفع والأخذ لا يتحققان من الواحد وهذا معنى قول محمد؛ لأن الإنسان لا يكون معطيا نفسه، فأما الوضع يتحقق عند نفسه بخلاف الأمر بالتصدق؛ لأن التصدق يقتضي التمليك والتمليك من نفسه غير مشروع ولا يجعل البعض ورثة الموصي؛ لأن هذه وصية للوارث باطلة.

ولو قال: ثلثي لرجل سميته للوصي فصدقوه لم يصدق الوصي إلا أن يشهد معه آخر؛ لأنه لم يفوض ببقية الوصية إلى الوصي وما أمره بتنفيذها بأن تولى بتنفيذ

الوصية بنفسه وإذا لم يكن الوصي مأمورًا بتنفيذ الوصية كان شاهدا أن الميت أوصى لهذا والشرع لا يوجب تصديق الشاهد الفرد إلا أن يكون الوصي اثنين فيشهدان على ذلك تقبل؛ لأنه لا تهمة في شهادتهما.

ولو أوصى بالثلث إلى رجلين يضعانه حيث شاء لا ينفرد أحدهما بالوضع خلافًا لأبي يوسف؛ لأن وضع المال يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير؛ لأن الثواب فيما يتفاوت يتفاوت الفقير باعتبار الصلاح والسداد والاستحقاق بخلاف ما لو قال أعطيا ثلث مالي فلانا فأعطى أحدهما جاز؛ لأنه لا يحتاج فيه إلى الرأي والتدبير إذا كان المصرف إليه معينا، ولو قال سميته لهما فصدقوهما صدقا بما بينا.

(باب تصرف الوصي في التركة)

(المبسوط): فيه فصلان:

أحدهما: في المعاملة.

والثاني: في المقاسمة.

(فصل)

ولو تصرف الوصي في التركة فلا يخلو إما أن كان في التركة دين أو وصية أو لم يكن، فإن كان فيها دين أو وصية والورثة كبار حضور أو غيب أو كانت صغارًا أو كبارًا، فإنه يبيع العروض والعقار.

عند أبي حنيفة: على الكبار يجوز بيعه بشرائط ثلاثة، فإن كان في التركة دين أو وصية أو معهم صغير، وعندهما لا يجوز البيع إلا بمقدار الدين والوصية؛ لأن ولاية البيع إنما تثبت لأجل قضاء الدين وتنفيذ الوصية وإلا فالدليل ينفي ثبوت الولاية على الغير لما فيها من ضرر المقهور به وانسلاب الحرية فتثبت له ولاية البيع بقدرهما ضرورة كونه مأمورًا بتنفيذهما ولا ضرورة فيما وراء ذلك فانتفت الولاية لوجود المنافي لها وهي الحرية، له: أن في بيع نصيب الصغار مفردًا ضرر بالصغار وليس في بيع الكل ضرر بالكبار بل فيه نظر لهم؛ لأن الجمل والأشخاص تشترى

بأكثر مما تشترى به الأبعاض والأشقاص فيثبت للوصي ولاية بيع الكل نظرا للصغار والكبار، وإن لم يكن في التركة دين ولا وصية إن كان الورثة كلهم كبارا حضورا فليس له بيع شيء من التركة؛ لأنه لا ولاية له على الكبار حال قدرتهم على الحفظ بنفسهم بالبيع وله تنفيذ الوصايا ورد الودائع وشراء الكفن وقضاء الديون والخصومات والدعاوى وقبض الديون، وإن كانوا غيبا فله ولاية الحفظ وبيع العروض دون العقار؛ لأن الوصي مأمور بحفظ التركة من جهة الميت وبيع المنقول من الحفظ حال عجز المالك عن الحفظ يتنازع إليه التوى والتلف.

فأما بيع العقار فليس من الحفظ لأنها محفوظة محصنة بنفسها ويملك إجارة عقار الكبير وإن لم يملك بيعه؛ لأن الإجارة من جملة الحفظ؛ لأنه لو لم يؤجر يضيع عليهم المنافع وهو يملك حفظ التركة عليهم، وإن كانت الورثة كلهم صغارًا فله بيع التركة منقولا وعقارا؛ لأن وصي الأب بمنزلته قائم مقامه وللأب ولاية بيع مال الصغار منقولا كان أو عقارا فكذلك الوصية، وإن كانوا صغارا وكبارا يجوز تصرفه في مالهم عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في حق الصغار دون الكبار لما بيناه.

ولو اشترى الوصي أو الوارث الكفن ونفذ الثمن من ماله يرجع كالوكيل بالشراء؛ لأن شراء الكفن مستحق عليه ومطالب به، فإذا فعل لم يكن متبرعا وتصدق من غير بينة، وكذلك لو قضى دينا بشهود؛ لأنه كان مطالبا بقضائه وإنما توجهت لمطالبته عليه من قبل الموصي فلم يكن في القضاء متبرعا، وكذلك في شراء الكسوة والنفقة للصغير وأداء الخراج من التركة ومن مال نفسه لم يصدق إلا بشهود.

ولو قال: أديت الخراج أو الثمن من مال عندي يصدق من غير بينة؛ لأنه فيما في يده أمين وفي حق الرجوع على التركة مدَّعٍ والمدعي لا يصدق إلا ببينة والأمين يصدق بغير بينة ويجوز بيع وصي الأب ووصي الجد بمنزلة وصي الأب ومن عدا هاتين الوصيتين كوصي الأم والأخ والعم يجوز بيعهم على الصغير والكبير الغائب فيما سوى العقار ولا يجوز في العقار؛ لأن هؤلاء يملكون حفظ مال

الصغير دون بيعه وبيع المنقول من باب الحفظ وبيع العقار لا. أوصى بعبد قيمته ألف ولا مال له غيره وعليه دين ألفان وله عشرة آلاف على الناس يباع العبد بالدين، فإن بيع بألفين أو أقل ثم خرج العشرة آلاف رجع الموصى له بالعبد بقدر ما بيع به؛ لأن وصيته بالعبد وقعت صحيحة إلا أن الغريم أحق ببيعه منه والقاضي بالبيع نقل وصيته من العبد إلى ثمنه بسبب دين الغرماء؛ لأن الدين يقضى من أسرع مال قضاء إمكانا وأسرع مال الميت قضاء هو العبد؛ لأنه يمكن قضاء الدين من الدين قبل خروجه، وإذا تحولت وصيته من العبد إلى ثمنه صار الموصى له قاضيا دينه من ثمنه وهو مجبر على القضاء وكان له الرجوع بثمنه في تركة الميت كالوارث إذا قضى دين الميت من مال نفسه ولو لم يبع ولم يدفع ثمنه إلى الغريم حتى خرجت العشرة آلاف قضى الدين منها والثمن للموصى له؛ لأن الثمن بدل ملكه وكان أحق به.

(المنتقى): وللوصي أن يتصرف في مال الميت من بيع ماله واستيفاء حقوقه وقضاء ديونه بدون رضاء الغرماء وليس له ذلك إلا برضاء الورثة؛ لأن الورثة تملك التركة أو لهم فيها حق ملك، فإن لهم أن يستخلصوها لنفسهم والغريم لا يوصي بثلث ماله وله عقار وعروض فله أن يبيع العروض كلها بدون رضاء الورثة ولا يبيع من العقار إلا الثلث لما بينا.

(فصل)

وقسمة الوصي مع الموصى له جائزة على الصغار وعلى الكبار الغيّب في المنقول ويقبض نصيبهم وفي العقار ولا يجوز على الكبير؛ لأن القسمة بيع معنى وله ولاية بيع المنقول دون بيع العقار.

وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن قسمته في العقار لا تجوز عند أبي حنيفة، وعندهما تجوز، وقسمة الوصي على الموصى له الغائب مع الورثة لا تجوز عندهما، وعند أبي يوسف تجوز؛ لأن الميت إنما أثبت الولاية للوصي ليعمل له فيما يحتاج إليه عند عجزه بنفسه وهو محتاج إلى تنفيذ وصاياه وإلى إيصال التركة

إلى الورثة؛ لأنه بيان بوصول التركة إلى الورثة كما يثاب بوصول الوصية إلى الموصى له فيجب أن يملك ذلك نظرًا للموصي، وعلى قياس قوله يجب أن يملك القسمة على الكبار الحضور إذا امتنعوا عن القسمة

لنا: أن الوصي قائم مقام الموصي، والموصي لو كان حيا لا يملك قسمة مالهم عليهم فكذلك الوصي وما ذكر من الحاجة فحاجة زائدة فاضلة لا حاجة أصلية ولا يمكن اعتبار الحوائج الفاضلة لأنها ليست بذي نهاية بخلاف قضاء الدين؛ لأنه حاجة ضرورية أصلية لما فيه من تخليص رقبته وتبريد جلدته من النار. اقتسم الوصيان التركة بين الورثة أخذ كل واحد منهما نصيب بعضهم فالقسمة فاسدة؛ لأن القسمة لا تكون إلا بين اثنين وكلاهما كشخص واحد حتى لا يملك أحدهما التفرد بالقسمة عندهما وعند أبي يوسف، وإن كان أحدهما ينفرد بالقسمة مع الأخير ولكن هنا قسمته مع صاحبه كقسمته مع نفسه فلا تجوز.

(باب ما يضمن الوصي إذا فعل في الوصية وما لا يضمن)

(المبسوط): وإذا أمر الوصي المستودع أن يقرض مال اليتيم فأقرض ضَمِنَ المستودع؛ لأن الوصي لا يملك إقراض مال الصبي فلا يملك الأمر به فلم يصح الأمر به وقد دفع المستودع الوديعة إلى أجنبي من غير عذر فضمن.

ولو قضى الوصيان دينًا لرجل ثم شهدا أن له على الميت دين لم يجز ويضمنان إن ظهر ذو دين آخر لأنهما بشهادتهما يدفعان عن أنفسهما مغرما لأنهما صارا ضامنين ما دفعا إلى الأول لأنهما دفعا بغير أمر القاضي، ولو شهدا به قبل أن يقضيا جاز لأنهما بشهادتهما لم يجرّا إلى نفسيهما مغنما ولا يدفعان مغرما وهو لزوم قضاء الدين.

(المنتقى): مسائله على فصول:

(الأول): لو أوصى بأن يطعم عشرة مساكين لكفارة يمينه فغدّى الوصي عشرة

ثم ماتوا قال محمد: يغدّي ويعشي عشرة أخرى ولا يضمن الوصي؛ لأنه غدّاهم بأمر الموصي؛ لأن التغذية إطعام ولكنه لم يكمل وفات الإكمال لا لمعنى من جهته ولا يضمن؛ لأنه لا يكون متعديا.

وإن قال: أطعموا عني عشرة مساكين غداء وعشاء ولم يسم كفارة فغدى عشرة ثم ماتوا، فإنه يعشي عشرة سواهم؛ لأن الواجب في كفارة اليمين سد عشر خلّات وردّ عشر جوعات وذلك يحصل بالتغذية وبالتعشية وبالموت فات ذلك فيغدي ويعشي غيرهم، فأما إذا نص على الإطعام غداء وعشاء فالجمع والتفريق سواء.

وروى هشام عن أبي يوسف أنه لو قال: أطعم عني عشرة مساكين فغدى عشرة ثم ماتوا لا يضمن الوصي استحسانًا ويغدي ويعشي عشرة مساكين؛ لأنه أمره بالإطعام مطلقًا فالتحق بالإطعام الواجب شرعا في الكفارة وذلك يتناول الكفاية حتى لا يخرج عنه بما دون الكفاية بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأنه نص على الغداء والعشاء فسواء فرق أو جمع جاز.

(فصل)

رجل أودع رجلًا مالًا فقال: إن مت فادفعه إلى ابني فدفعه إليه وله وارث غيره ضمن حصته؛ لأنه جعله أمينا لا وصيا، والأمين إذا دفع مال الورثة إلى أحدهم ضمن، وإن قال: ادفعه إلى فلان غير وارث ضمن إن دفعه إليه قال أبو يوسف: إذا خلط الوصي مال اليتيم بماله فضاع فلا ضمان عليه؛ لأن له ولاية حفظه كيف ما كان.

مريض اجتمع عنده قرابته يأكلون من ماله قال إن اكلوا بأمر المريض فمن كان منهم وارثا ضمن ومن كان غير وارث حسب ذلك من ثلثه.

وقال الفقيه أبو الليث: إن احتاج بالمريض إلى تعاهدهم في مرضه فأكلوا معه ومع عيال بغير إسراف فلا ضمان عليهم استحسانًا.

(فصل)

رجل مات وعليه دين فباع وصية رقيقه للغرماء وقبض الثمن فضاع عبده أو

مات بعض الرقيق في يدي الوصي قبل أن يسلم إلى المشتري فالمشتري يرجع بالثمن على الوصي ويرجع به الوصي على الغرماء؛ لأنه في البيع عامل للغرماء ومن عمل لغيره ولحقه فيه ضمان يرجع به على المعمول له.

ولو استحق العبد ورجع المشتري بالثمن على الوصي لم يرجع الوصي بالثمن على الغرماء إلا أن يكون الغرماء أمروه ببيعه، فإن قال الغرماء بع عبد فلان هذا رجع بالثمن عليهم لأنهم غروه منه حيث أمروه ببيعه إلا أن يكون الثمن أكثر من دينهم ولا يرجع عليهم بالزيادة، وكذلك لو قال الغرماء له بع رقيق فلان الميت واقض ديننا لم يرجع بالثمن عليهم لأنهم أمروه بالبيع للميت لا لهم فلم يعد عاملا لهم.

ولو لم يكن على الميت دين ولكن باع الوصي الرقيق للورثة الكبار وهم كالغرماء وإن كانوا صغارا لم يرجع عليهم في الاستحسان، ولو باع القاضي رقيق الميت للغرماء فضاع الثمن عنده ثم استحق الرقيق رجع المشتري بالثمن على الغرماء لا على القاضي؛ لأن بيع القاضي بمنزلة بيع الغرماء كأنهم تولوا البيع بأنفسهم.

(باب تصرف الوصي في مال اليتيم وما يصدق فيه الوصي وما لا يصدق)

(المنتقى): وصي كان في يده ألف درهم لأخوين فقال دفعت إلى أحدكما نصيبه وكذبه المدفوع إليه فالباقي بينهما نصفان ولا يضمن الوصي؛ لأنه أمين فيه وهو مسلط على الدفع والرد فيصدق فيه. وصي عنده ألفان ليتيمين فأدركا فدفع إلى أحدهما ألفًا وصاحب الأخرى حاضر وجحد القابض القبض منه يغرم الوصي خمسمائة بينهما؛ لأن قسمته لا تجوز على الحاضر، ولو كان غائبًا تجوز قسمته عليه ولا يضمن بدفع نصيب أحدهما إليه، ولو كان القابض مقرا كان للآخر أن يأخذ منه خمسمائة، وإن شاء ضمن الوصي ورجع بها عليه الوصي؛ لأنه لما لم تجز القسمة بقي الآخر شريكا فيما قبضه صاحبه فله أن يأخذ نصيبه منه والوصي

بالدفع صار ضامنا ومتى أدى الضمان ملك المضمون وهو نصيب الجاحد فيرجع بنصيبه على جاحده. وصى ليتيمين قال لهما بعدما كبرا قد دفعت إليكما ألفًا فصدقه أحدهما وكذبه الآخر يرجع المنكر على أخيه بمائتين وخمسين وإن أنكرا لم يكن لهما على الوصي شيء؛ لأنه أمين ادعى رد الأمانة إلى صاحبها، ولو قال الوصي دفعت إلى كل واحد منكما خمسمائة على حدة وصدقه أحدهما وكذبه الآخر رجع المكذب على الوصي بمائتين وخمسين؛ لأن قسمته لا تجوز عليهما وهما حاضران ولو كانا غائبين جازت القسمة عليهما.

رجل مات وترك ابنين صغيرين فلما أدركا طلبا ميراثهما فقال الوصي جميع تركة أبيكما ألف وقد أنفقتُ على كل واحد منكما خمسمائة فصدقه أحدهما وكذبه الآخر يرجع المكذب على المصدق بمائتين وخمسين ولا يرجع على الوصي بذلك عند زفر وهو رواية عن أبي حنيفة وعند أبي يوسف يرجع؛ لأن الوصي أمين ادعى صرف الأمانة إلى نفقتهما وحاجتهما وهو مسلط عليه من جهة الشرع فيصدق فيه في حق براءة نفسه عن الضمان ولا يصدق في إبطال حق نصيب المكذب فيما وصل إلى المقر بالنفقة فصار المصدق مقرا له بالشركة فيما وصل إليه.

وقال أبو يوسف: لا يرجع المنكر على المقر بشيء والقول قول الوصي؛ لأنه مصدق في الإنفاق على المنكر؛ لأنه مسلط عليه وهو مأمور به من جهة الشرع فيثبت الإنفاق عليه فصار كأنه وصل إليه خمسمائة معاينة.

(الفتاوى) وصي باع ضيعة لليتيم من مفلس يؤجل القاضي المشتري ثلاثة أيام، فإن نقده الثمن وإلا نقض البيع نظرا لليتيم، وللوصي أن يأكل من مال اليتيم إذا كان محتاجًا إليه ويركب دابته إذا ذهب في حاجته لقوله تعالى: ﴿وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ٦] والقياس أن لا يجوز لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَىٰ ظُلْمًا﴾ [النساء: ١٠] ولكن هذه الآية صارت منسوخة بالآية الأولى.

وذكر في (المنتقى): لا يركب الوصي دابة اليتيم في حاجته إلا بإذن القاضي

والنفقة في مال الوصي. وفي ((فتاوى الفضلي)) وصي أخذ أرض الصبي مزارعة قال لا يجوز إن شرط البذر على اليتيم؛ لأنه صار مؤاجرا نفسه منه ببعض الخارج وليس له أن يؤاجر نفسه من الصبي، وإن كان البذر منه يجوز عندهما إذا كان خيرا لليتيم؛ لأنه صار مستأجرا أرضه ببعض الخارج من بذره وله أن يستأجر أرض الصبي بالدراهم فكذلك ببعض الخارج.

وفي "واقعات الناطفي" جدار بين دارين لصغيرين لهما عليه حمل وخاف السقوط ولكل واحد منهما وصي وطلب أحدهما مرمته وأبى الآخر فالقاضي يبعث أمينا لينظر فيه، فإن رأى في تركه ضررا عليهما أجبر الآبي حتى يبني مع صاحبه بخلاف ما لو أبى أحد الشريكين؛ لأنه قد رضي بإدخال الضرر عليه فلا يجبر، وهنا أراد الوصي إدخال الضرر على اليتيم فيجبره.

يتيمان لهما أب أو وصي فباع دار أحدهما، فإذا هي لليتيم الآخر فهو جائز، ولو باع القاضي على يتيم، فإذا هو لآخر لا يجوز؛ لأن هذا قضاء والقضاء إذا كان المقضي عليه مجهولا لا يجوز ومن الأب والوصي تصرف ولهما ولاية التصرف في مال اليتيم أيهما كان. [والله أعلم بالصواب، وإليه المرجع والمآب].

[باب ما يُصَدَّقُ فيه الوصي][1]

(الجامع) أصله: أن الوصي متى أقر بتصرف في مال الصغير بعد بلوغ الصغير وكذبه الصغير فيه ولم يشهد للوصي ظاهر الحال ينظر فيما أقر به، فإن كان ما أقر به تصرفا يكون الوصي مسلطا على ذلك من جهة الشرع في حال الصغر، فإنه يصدق فيه، فإن كان تصرفا لم يكن مسلطا عليه لا يصدق؛ لأن الفعل المسلط عليه من جهة الشرع ليس بموجب الضمان فكان منكرا للضمان فيكون القول له وإذا لم يكن مسلطا عليه من جهة الشرع ففعله بسبب لضمان فقد أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه عنه ولا يصدق كالمودع إذا ادعى رد الوديعة على صاحبها يصدق؛ لأنه مسلط عليه بالإيداع فكذا هذا.

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

ثم مسائله على **ثلاثة أقسام**: قسم يصدق الوصي فيه بالاتفاق، وقسم لا يصدق فيه بالاتفاق، وقسم اختلفوا فيه.

أما الأول: لو قال الوصي: إن أباك ترك رقيقا وأنفقت عليهم أو قال اشتريت لك رقيقا وأديت الثمن ثم ماتوا أو أبِقُوا يصدق؛ لأنه أقر بما هو مسلط عليه من جهة الشرع؛ لأنه مسلط على ما فيه إصلاح للصغير والإنفاق عليه وعلى رقيقه مقدار حاجتهم إصلاح لهم فيصدق فيه.

ولو قال: اشتريت من فلان العبيد الذين في يده ودفعت الثمن وأنكر ذو اليد يصدق على الصبي دون ذي اليد؛ لأنه مسلط على الشراء والبيع لما فيه من تنمية مال الصبي وتمييزه وإنه إصلاح له لكي لا تستأصلها النفقة.

ولو قال استأجرت رجلًا فردّ الآبق صدق اتفاقا؛ لأن الاستئجار فعل هو مسلط عليه شرعا لما فيه من إصلاح مال الصغير وإحيائه.

وأما القسم الثاني: لو قال: أنفقت من مالي لأن أرجع عليك لم يصدق، وكذلك لو قال استهلكت مالًا فأديت ضمانه أو أنفقت على أخ لك كان زمنا لم يصدق؛ لأنه أقر بما لم يكن مسلطا عليه شرعا؛ لأنه غير مسلط على الإنفاق من مال نفسه وعلى الإنفاق من مال الصبي على محارمه قبل فرض القاضي وعلى أداء الضمان قبل القضاء بل أقر بدين على الصبي بفعل الغير لا بفعل الصبي فقد أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه فلا يصدق فيه.

وأما القسم الثالث: لو قال: أبق غلامك فأديت جُعْلَ الآبق أو أديت خراج أرضك عشر سنين، وقال الوارث: لم يؤت أبي إلا منذ سنة صدق الوصي عند أبي يوسف خلافًا لمحمد، وكذلك لو اختصما والأرض لا تصلح للزراعة بأن غلب عليها الماء قال الصبي كانت كذلك وقال الوصي بخلافه فعلى هذا الخلاف ولو كانت تصلح للحال يصدق الوصي إجماعا بعدما اتفقا على مدة الملك.

لمحمد: أن الوصي أقر بما ليس بمسلط عليه شرعا؛ لأن ذلك فعل الغير والتسليط لا يتحقق على فعل الغير فلا يصدق، كما لو قال إن عبدك جنى ففديته بكذا أو استهلك مال إنسان فأديت ضمانه من مالك لا يصدق فكذا هذا.

لأبي يوسف: أنه أقر بما هو مسلط عليه شرعا في ماله؛ لأنه بدل مال الصبي وأخذ بإزائه عوضا بعدله أو منفعة يستجلبها؛ لأن الجعل بدل عن الرد وقد استفاد الصغير بإزائه إحياء ملكه وإصلاح ماله من جهة الراد فصار كالشراء وكذا الخراج يستفيد بإزائه منفعة حماية أرضه، فإنه لا يمكن من الزراعة إلا بالحماية ولا حماية إلا بالمقاتلة ولا بد للمقاتلة من الحماية وكان الخراج بدل ماله لنفع يقابله وكذا إصلاح أرضه والوصي مسلط على التصرف في مال الصبي إذا كان فيه إصلاحًا وإرفاقًا.

ولو أحضر الوصي رجلًا إلى القاضي فقال: إن هذا رد عبد الصبي من الإباق فوجب له الجُعْل وفي يدي مال هذا الصغير فأعطيه هل يصدقه القاضي قيل على هذا الخلاف وقيل لا يصدقه بالإنفاق؛ لأنه ادعى وجوب الجعل في ماله لغيره وهو غير مسلط على الدعوى بغيره في مال الصغير وفي الأول أنه كان ادعى الجعل في مال الصغير وهو كان مسلطا على التصرف في مال الصغير لإحْياء ماله وإصلاحه.

(باب إجازة الوارث في مرضه الوصية والدين والعتق)

(المبسوط): أصله أن التركة متى ضاقت عن إيفاء الحقوق واستوت في القوة والوكادة تقسم بين أربابها بالحصص، فإن كان البعض أقوى وآكد يقدم الأقوى على الأوهى كدين الصحة مع دين المرض وكالوصية بالعتق مع الوصية بالمال يقدم العتق؛ لأنه أقوى وآكد؛ لأنه مما لا يحتمل الانتقاص وسائر الوصايا مما يحتمل الانتقاص والانفساخ وإجازة التبرع بمنزلة التبرع؛ لأنه لا يعمل بدون الإجازة، ألا ترى أن الفضولي إذا وهب مال المريض وسلمه إلى الموهوب له ثم أجاز المريض، فإنه يعتبر في الثلث ثم المسائل على أقسام:

أحدها: في اجتماع وصية الوارث مع وصية الموروث.

والثاني: في اجتماع دينهما.

والثالث: في اجتماع عتقهما في المرض.

أما القسم الأول: فإذا مات عن ثلاثة آلاف وابن وأوصى بألفين منها لرجل

فأجازه الابن في مرضه ثم مات ولا مال غيره فللموصى له ألف بلا إجازة وثلث الألفين أيضًا وذلك ثلث مال الابن؛ لأن الوصية بما جاوز الثلث موقوفة على إجازة الوارث فلما أجاز الابن في مرضه صحت الإجازة بقدر ثلث ماله؛ لأن إجازة تبرع أبيه بمنزلة إنشاء تبرعه في مرضه بقدر ثلث ماله؛ لأن إجازة تبرع أبيه بمنزلة إنشاء تبرع في مرضه فنفذ في ثلث ماله إذا لم يجز ورثته وألف ثلث مال الميت الأول فيكون له بلا إجازة.

ولو أوصى الابن مع الإجازة بثلث ماله لآخر فثلث الألفين بين الموصى له الآخر والموصى له الأول نصفان في قول أبي حنيفة وعندهما أخماسا خمساها لمن أوصى له الابن ووصية الأب بقدر الثلث وذلك ألف جائزة من غير إجازة الوارث والوصية بالألف الأخرى موقوفة على إجازة الوارث، فإذا أجاز في مرضه فكأنه أوصى بألف ثم أوصى بثلث ماله وماله ألفي درهم ثم عنده الموصى له بأكثر من الثلث يضرب بقدر الثلث لا بالزيادة فصار كأنه أوصى لكل واحد بالثلث فكان الثلث بينهما نصفين وعندهما الموصى له بأكثر من الثلث يضرب بجميع وصيته في الثلث فيضرب صاحب وصية الأب بألف وصاحب وصية الابن بثلث ألفين فصار الألف ثلاثة أسهم وثلث الألفين فصار ثلث مال الميت الآخر مقسوما على خمسة ثلاثة أخماسه للموصى له الأول وخمساه للآخر، فإن كان وصية الابن عتقا في المرض فهو أولى من إجازته وصية أبيه.

وكذلك لو أقر بدين على نفسه أو على أبيه كان الدين أولى؛ لأن الإجازة من الوارث بمنزلة الوصية والإعتاق في مرضه وصية والوصيتان متى اجتمعتا وأحدهما عتق فالعتق أولى والدين مقدم على الوصية.

وأما **القسم الثاني**: ولو أجاز الوصية ابنه في صحته وأقر بالدين في المرض على نفسه أو على ابنه فالإجازة أولى؛ لأن الإجازة في الصحة بمنزلة إنشاء التبرع والتبرع في الصحة مقدم على دين المرض، وكذلك على العتق في المرض؛ لأن تصرف الصحيح صدر في حال لم يتعلق بماله حق أحد فلا يجوز نقضه وإبطاله.

ولو أجاز في المرض ثم أقر على أبيه بدين وعلى نفسه بدين يبدأ بدين الأب ثم

بدينه ثم بالإجازة؛ لأن إقرار الوارث بالدين على ابنه بمنزلة الإقرار بوديعة بعينها؛ لأن إقرار الوارث بالدين على أبيه مقصور على عين التركة متعلق بهما تبقى ببقائهما وتسقط بهلاكهما ولا تجب في ذمة الوارث بل يكون الوارث أمينا في التركة ودين المورث في عينها وكان الإقرار بدين الميت بمنزلة إقرار بوديعة بعينها فيبدأ بالوديعة ثم بالدين ثم بالوصية.

وإن أقر بدين على نفسه ثم على أبيه تحاصّا وكانت الإجازة من ثلث ما بقي؛ لأنه حين أقر بدينه ظلت التركة فارغة من حق المورث فتعلق حق الغريم بها فيكون الإقرار بدين أبيه إقرارًا بوديعة مستهلكة؛ لأنه لا يقدر على تسليمها؛ لأنه تعلق بالتركة حق غريمه والإقرار بوديعة مستهلكة إقرار بالضمان فاستويا.

وأما **القسم الثالث**: فإذا أعتق الرجل عبدًا في مرضه وترك وارثًا له عبد قيمته مثل قيمة عبد أبيه فأعتقه في مرضه فأجاز وصية أبيه عتق ثلث العبد الأول ويضم ثلثاه إلى العبد الآخر فيكون ثلث ذلك بينهما على خمسة للأول سهمان وللثاني ثلاثة أسهم؛ لأن حق العبد الأول في ثلثي رقبته ثلثها بوصية الأول وثلثها بإجازة الوارث وحق العبد الآخر في جميع رقبته فضرب الأول في ثلثي رقبته وذلك سهمان من ثلاثة ويضرب الآخر بجميع رقبته وذلك ثلاثة فصار ثلث مال الميت الآخر وذلك عبد وثلثي عبد على خمسة أسهم، وإذا أوصى لرجل بألف بغير عينها ولآخر بألف ومات عن ألف وأجاز الوارث الوصيتين في صحته متعاقبا فثلث الألف بينهما نصفان وثلثيها لمن أجازه أولا ولو كانت الإجازة في المرض تساويا في ثلثي الألف، والفرق أن الصحيح متى أجاز وصية أحدهما أو لا نفذت إجازته وثبت للمجاز له ملك ثابت نافذ، ولهذا لا ينقص ملكه بغير رضاه وللآخر ملك موقوف؛ لأن الوصية للآخر موقوفة على إجازة الوارث والملك الثابت إذا طرأ على عقد وملك موقوف يبطل الموقوف كالفضولي إذا باع مال إنسان ثم باع المالك من آخر انفسخ بيع الفضولي فكذا هذا والإجازة لاقت صفته مفسوخة فلغت، فأما المريض متى أجاز وصية أحدهما فإجازته موقوفة؛ لأن الإجازة من المريض تبرع وتبرع المريض موقوف حتى لو لحقه دين، فإنه ينتقض تبرعه بغير

رضاه فقد اعترض عقد موقوف على عقد موقوف فلا يبطله كفضولي باع مال الغير ثم فضولي باع هذا المال من آخر لا ينفسخ الأول بل يوقفا فكذا هذا فبقيت الوصية الثانية موقوفة فإجازة كل واحدة من الوصيتين لاقت وصية موقوفة فصارت نافذة كما لو أجازهما في الصحة معا أو متعاقبا. رجل له ألف أوصى بها لرجل ومات عن وارث له ألف أخرى وأوصى بألفه وما ورث لآخر ومات عن وارث فأجاز الوصيتين في مرضه ولا مال له غير ما ورث فللموصى له الأول ثلث الألف وللثاني تسعا الألف الأولى وثلث الألف الأخيرة ويضرب الأول فيما بقي من الألفين بأربعة أتساع الألف الأولى ويضرب الثاني بأربعة أتساع الألف، الأولى وثلثي الألف الأخيرة عندهما، وفي قياس قول أبي حنيفة يضرب الأول بتسع الألف والثاني بثلاثة أتساع الألف وثلث تسع الألف ويخرجهما على سبيل العول والمضاربة أن يجعل الألف الأولى على تسعة أسهم لحاجتنا إلى حساب له ثلث وأقله تسعة ثلاثة أتساعها للموصى له الأول بوصية الميت الأول وهي ثلث الألف بقي ستة أتساع الألف لورثة الميت الثاني فتضم إلى الألف التي كانت للميت الثاني فيصير كله خمسة عشر سهما؛ لأن كل ألف صارت على تسعة فهذا جميع مال الميت الثاني وقد أوصى بجميع ذلك للثاني فيكون له ثلث ذلك من غير إجازة الورثة وذلك خمسة بقي للميت الثاني عشرة فصحت وصيته في ثلث ماله من غير إجازة ورثته وذلك ثلاثة أتساع وثلث تسع فيقسم ذلك من الموصى له الأول والثاني على ما بقي من حقيهما وحق الموصى له الأول في تسعة؛ لأن وصيته بجميع الألف وقد وصل إليه ثلاثة من غير إجازة وبقيت وصيته في ستة موقوفة على الإجازة إلا أنه انفسخت وصيته بقدر سهمين وبقيت في أربعة موقوفة على الإجازة؛ لأن الموصى له الثاني ملك تسعا الألف بوصية الميت الثاني ملكا باتا من غير إجازة فقد اعترض ملك بات على الوصية الموقوفة فانفسخت الوصية الأولى بقدر سهمين فبقيت وصية الأول في أربعة موقوفة على الإجازة وحق الموصى له الثاني كان في خمسة عشر إلا أنه وصل إليه خمسة بلا إجازة فبقي حقه في عشرة موقوفا على الإجازة، فإذا أجاز الثالث في مرضه الوصيتين جميعًا وصححنا في

ثلث ماله وذلك ثلاثة وثلث تسع فيقسم ذلك بينهما على أربعة عشر أربعة للموصى له الأوّل وعشرة للثاني، وإن شئت فاختصر على سبعة؛ لأن بين حقيهما وذلك أربعة وعشرة موافقة بالنصف؛ لأن لكل واحد منهما نصفًا صحيحًا فاختصر من حق كل واحد على نصفه فصار ثلث مال المخير على سبعة فيقسم على ذلك ويخرجه لأبي حنيفة على سبيل المنازعة أن الحاصل للموصى له الأول أربعة أسهم من الألف الأولى موقوفة على الإجازة وقد اجتمعت في هذه الأربعة وصيتان وقد استوت منازعتهما فيها فيقسم بينهما نصفين لكل واحد منهما سهمان ثم لما أجاز الوارث الثاني الوصيَّتين صار موصيا للموصى له الأول فسهمين من أربعة وللموصى له الثاني بثمانية ستة من الألف الثانية وسهمان من الألف الأولى وثمانية أسهم أكثر من ثلث مال المجيز فلا يضرب الموصى له الثاني بجميع ذلك وإنما يضرب بقدر الثلث وذلك ثلاثة أتساع وثلث تسع ويضرب الموصى له الأول بسهمين فيقسم ثلث ماله على خمسة وثلث للأول سهمان وللثاني ثلاثة وثلث.

(باب الشهادة في الوصية والإقرار بها)

(المبسوط): وإذا شهد الوصي للميت بدين أو وديعة لم يجز؛ لأنه هو القابض والمتصرف فيه، ولو كان الوارث كبيرًا فشهد له الوصي بدين على الميت لم يجز عند أبي حنيفة، وعندهما يجوز؛ لأنه ليس للوصي ولاية قبضه والتصرف فيه بل هو بمعزل عنه، له: أنه تمكنت في شهادته تهمة إيثار بعض الورثة على البعض بشيء من التركة وهو لا يملك ذلك؛ لأنه قام مقام الموصي وناب منابه.

ولو شهد الموصي في مرض موته بدين لوارثه على نفسه لم يجز لتهمة الإيثار فكذلك من قام مقامه.

ولو شهد الوصي لوارث كبير بدين على أجنبي جاز ولا يجوز للصغير اتفاقا؛ لأن الإيثار حصل بمال الأجنبي فيملكه كالموصي وللصغير لا يجوز؛ لأنه هو القابض له.

ولو شهد رجلان لآخرين على الميت بدين ألف والآخران لهما بدين ألف على

الميت جاز عندهما خلافًا لأبي يوسف، وعلى هذا لو شهد ابنا هذين لهذين وابنا هذين لهذين.

لأبي يوسف: إن كل واحد من الفريقين شهد لصاحبه بمال له فيه شركة؛ لأنه إن لم يكن بينهما شركة في أصل الدين فما يقبضه أحدهما من مال الميت فللآخر أن يشاركه فيه فكان كل واحد فيما شهد لصاحبه شاهد لنفسه من وجه بخلاف ما لو شهد بذلك حال الحياة؛ لأن ما يأخذه أحدهما لا يكون للآخر أن يشاركه فيه.

لهما: أن دين كل فريق إنما وجب على الميت بسبب على حدة فقد شهدا لصاحبه بما لا شركة له فيه، ولهذا جاز بهذا الشهادة حال حياة المديون فالمشاركة فيما يقبضه الآخر لا تثبت بهذه الشهادة وإنما تثبت حكما لضيق هذه التركة بدليل أنه لو كان في التركة سعة ليس له أن يشاركه فيما يقبضه الآخر.

ولو شهد الشهود لهما بدين على الآخرين غير الشاهدين جاز لأنهما بهذه الشهادة يضران أنفسهما لأنهما يثبتان لغيرهما شركة فيما كان لهما على الخلوص والشهادة بما تضر الشاهد أصدق الشهادات وأوثق المقالات.

ولو شهدا لهما بوصية الثلث ثم شهد هذان للشاهدين بوصية الثلث أو بالسدس أو بعبد بعينه فشهادتهما باطلة؛ لأن كل فريق شهد بمال مشترك بينه وبين صاحبه؛ لأن المال وإن كثر لا تنتهي الشركة بينهم في الثلث بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن حال كثرة المال لا تثبت بينهم الشركة فيما يأخذه كل فريق وإنما تثبت الشركة حكما لضيق المحل لا بشهادتهما.

ولو شهدا بوصية عبد بعينه وشهد هذان للشاهدين بوصية أمة بعينها جاز ذلك؛ لأنه لم يشهد كل فريق بمال مشترك بوجه ما؛ لأن الوصية مختلفة.

ولو شهد أحدهما أنه أوصى لفلان بثلث ماله وشهد لآخر أنه أوصى له بثلث ماله وقال: أعطوا منه فلانا ألف درهم.

قال محمد: يعطي الموصى له ثلث المال وينقص منه ألف فكأنه أوصى له بالثلث إلا ألف لأنهما اتفقا على الشهادة بالثلث وانفرد أحدهما بشهادة الألف لفلان فما اتفقا عليه يقبل وما انفرد به أحدهما يرد؛ لأن القائم به شهادة فرد فصار

بمنزلة ما لو استثنى أحدهما شيئًا من الألف، وإذا شهد شاهدان أن الميت أوصى لهذين بدراهمه وشهد آخران أنه أوصى لهذين بدراهمه لم تجز شهادتهما.

ولو شهد شاهدان بدنانير وآخران بدراهم أو اثنان بعبد وآخران بدراهم جازت الشهادة؛ لأن كل فريق يشهد على عقد الوصية لا على الملك ولا يمكن إثبات العقدين متى كان الموصى به واحدًا فبطلت الشهادتين كما لو شهد أحد الفريقين بالبيع من هذا والآخر ببيعه من هذا لم يقبل ومتى كان الموصى به مختلفا فقد أمكن إثبات الوصيتين فيقبل، وإذا شهد الوصيان لرجل كبير أنه ابن الميت جاز، وإن كان صغيرا لم يجز قياسًا؛ لأنه يقبض ميراثه فيكون متهما فيها ويقبل استحسانًا على النسب وعلى التزويج؛ لأن المشهود به النسب واستحقاق الميراث يثبت حكما لثبات النسب لا مقصودًا بالشهادة.

(باب الإقرار بالوصية)

(المبسوط): أقر أن أباه أوصى لفلان بالثلث وقامت البينة بالوصية بالثلث لآخر يدفع إليه ولا يضمن الوارث شيئًا؛ لأن البينة حجة على الكافة والإقرار حجة قاصرة على المقر وليس بحجة في حق المشهود له فتثبت وصية المشهود له في حق المقر له ولا تثبت وصية المقر في حق المشهود له فيكون هو أولى باستحقاق الثلث من المقر له كما لو أقر ذو اليد بالدار لرجل فأقام آخر البينة أنها ملكه يقضي بها للمشهود له فكذا هذا.

ولو قال أوصي له بالثلث لا بل أوصي لهذا فهو للأول؛ لأنه حين أقر بالثلث الأول وسكت فقد صار ملكًا له فلما أقر للثاني فقد رجع عن إقراره الأول بعدما تقرر حكمه وأقر للثاني بملك الأول والرجوع عن الإقرار لا يصح فالإقرار الثاني لا يصح؛ لأنه لاقى ملك الغير ولا يضمن للثاني بالدفع إلى الأول بقضاء؛ لأنه كان ملتجئًا ومضطرا في الدفع من جهة القاضي، فإن دفع إلى الأول بغير قضاء ثم أقر للثاني ضمن للثاني؛ لأنه صار متلفا عليه بالدفع عن اختياره.

وإن قال أوصي به لفلان فأوصى به لفلان متصلا فهو بينهما؛ لأنه جمع بينهما

في الإقرار؛ لأن الواو للجمع المطلق والجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كما لو أوصى بالثلث لهما وصار كما لو قال هذا العبد عنده وديعة لفلان آخر متصلا وهو لهما فكذا هذا.

(المنتقى): وصي في يده مائة درهم لميت دفعها إلى رجل فأقر أن الميت أقر له بها دينا عليه وكذبه الوارث وضمنه القاضي المائة للوارث ثم شهد الوصي ورجل آخر لرجل أجنبي أن له على الميت ألف درهم قال الشهادة جائزة والمائة التي ضمنها الوصي للغريم الثاني ويرجع الوصي بدراهمه على الغريم الأول؛ لأن هذه الشهادة لم تتضمن جلب منفعة ولا دفع مغرم فتقبل ويظهر أن تركة الميت وهي المائة كانت مستغرقة بدينه لا حق للوارث فيها فتكون المائة المعروفة للغريم الثاني وما قبض الغريم الأول قبض بغير حق؛ لأنه لم يثبت دينه بحجة فكان للوصي أن يرجع عليه بذلك.

ولو شهد الوصي ورجل آخر لهذا المدفوع إليه المائة أن له على الميت مائة درهم سوى ما دفع الوصي إليه لم تجز شهادته له؛ لأن تجويزها يتضمن إبراء الوصي عما ضمن فكان ما قبض الغريم منه قصاصًا بما كان له عليه، ولو كانا وصيين دفعا إلى وارث مائة فضمنه الوارث الآخر خمسين ثم شهد الآخر أنه ابن الميت ووارثه معهما فشهادتهما لهذا الثالث باطلة لأنها لو جازت كان لهما أن يرجعا على الوارث الآخر بثلث ما دفعا إليه ولا تجوز شهادتهما ولكني أضمنهما لهذا الثلث نصف ما أخذ الأول وهو خمسة وعشرون درهما لأنهما أقرا أن كل ما أخذه الأول فهو بين الأول والثاني نصفان. رجل مات وترك مالًا وأختًا فأقام رجل البينة أنه ابنه لا يعلمون له وارثا غيره فقضى له بالمال وأقر الابن أن أباه أوصى للشاهدين أو أقر لهما بدين لا تبطل شهادتهما؛ لأنه أقر لهما بعد القضاء بشهادتهما واعتراض شبهة التهمة بعد القضاء لا يقدح في الشهادة، ولو أقر لهما بذلك قبل القضاء تبطل شهادتهما، أرأيت إن شهدا أنه ابنه ثم أقر الابن بعد القضاء للشاهدين أنهما أخواه لأبيه فالشهادة جائزة، فإن أقر قبل القضاء فشهادتهما باطلة.

(باب ما يكون خصما من الموصى له والغريم والورثة ومن لا يكون خصما)

(الجامع) مسائله على فصول:

أحدها: في إقامة البينة على الموصى له.

والثاني: في إقامة البينة على غريم الميت.

والثالث: في إقامة البينة على مودعه أو غاصبه.

والرابع: في إقرار ذي اليد عند القاضي أن المال لفلان الميت ولا وارث له.

(فصل)

أصله: أن الموصى له خصم لغرماء الميت عند عدم الوارث وليس بخصم عند وجود الوارث؛ لأن الوصاية عقد استخلاف؛ لأن الموصى له يقوم مقام الميت في الملك عند استغنائه عنه بغير عوض يقابله فيكون بمنزلة الوارث من هذا الوجه إلا أنه لما ملك الموصى به بعقد جديد وتمليك حديث لم يكن بمنزلة الوارث من هذا الوجه فجعلناه خلفا عنه حال فقد الورثة لمساس الحاجة إليه وهي تخليص رقبته وتبريد جلدته على النار فينتصب خصما عنه ولم يجعله خلفا عنه حال قيام الوارث لفقد الحاجة وعدمها إليه.

ثم مسائله على قسمين:

أحدهما: إذا أقام البينة على الوارث أن الميت أوصى بثلث ماله وهو ألف درهم وقضى به وقبض وغاب الوارث فأقام آخر البينة أنه أوصى له بثلث ماله فالموصى له خصم عن نفسه وعن الوارث ويقضي عليه بنصف ما قبض؛ لأن الموصى له الثاني يدعي نصف ما في يد الموصى له الأول وهو يجحد فينتصب خصما له باعتبار احتواء يده على الثلث كمن ادعى عينا في يد إنسان أنه اشتراه من فلان الغائب وذو اليد يجحد ويقول العين ملكي ينتصب خصما له فكذا هذا، فإن قضى وقد هلك الثلث في يد الموصى له الأول وهو معسر ثم حضر الوارث يكلف إعادة البينة عليه ويقضي له على الوارث بخمس ما في يده ويرجعان على الأول بنصف ما

أخذ وما خرج منه يقسمانه أخماسا أربعة أخماسه للوارث وخمسه للموصى له الثاني؛ لأن الموصى له بالثلث شريك الورثة في التركة كأحد الورثة؛ لأن حقه في عين التركة، ألا ترى أن الوصية لو كانت ظاهرة للقاضي وأراد الوارث أن يعطى وصيته من عين التركة لم يكن له ذلك إلا برضاء الموصى له فالموصى له الثاني يقول للوارث كنت شريكا لك في التركة وحقي في سدس التركة وحق الأول في سدسها فالأول لما أخذ سهمين من ستة فقد أخذ سهمًا واحدا بغير حق وتوى عبده وما توى من المال المشترك يتوى على الشركة وما بقي يبقى على الشركة فيقسم بينهما بقدر حقيهما على خمسة.

ولو كان الوارث حاضرا والموصى له الأول غائبا فالوارث خصم عنه وعن نفسه؛ لأن الميت صار مقضيا عليه ببينة الموصى له الثاني وكل من يبقى الملك من جهته يصير مقضيا عليه، وأما **القسم الثاني**: ولو قضى الأول ولم يقبضها حتى غاب الوارث ثم أقام آخر البينة عند القاضي الأول فكذلك الحكم؛ لأن القاضي علم أن الثلث ملك الموصى له الأول فهو في يد الوارث أمانة ويد الأمين كيد المالك فيسمع بينة المدعي عليه، فإن أقامها عند قاضٍ آخر لم يعلم كون الثلث ملكا له فلم يعرف كونه في يده حكما فإقرار الموصى له أن الميت أوصى له بالثلث وهو إجابة عند الوارث لا يصح؛ لأنه إقرار على غيره فلا ينتصب خصما عن نفسه لعقد يده ولا عن غيره لعدم صحة إقراره على غيره وعلى عكسه لو كان الوارث حاضرا يكون خصما عن نفسه وعن الموصى له الأول لكون الثلث في يده، ولو قبض الأول الوصية الثلث ثم أنكر وصية نفسه وأنه أخذ مالًا، فإن القاضي الثاني يجعله خصما عن نفسه وعن الورثة؛ لأن الثاني ادعى بعض ما في يده وذو اليد زعم أنه ملكه فيكون خصما له.

ولو ادعى الأول أنه أخذه غصبا من مال الميت أو قال أودعنيه لم يكن خصمًا للثاني حتى يحضر الوارث؛ لأن الثاني ادعى تلقي الملك في بعض ما في يد الموصى له الأول من الميت وقد ادعى الأول أن ما يدعيه في يده وديعة عنده أو غصب من الميت فقد تصادق المدعي وصاحب اليد أن ما وقع فيه الدعوى وصل إلى يده من جهة الغائب على وجه لا يكون خصما له؛ لأن المودع والغاصب لا

يكون خصما لمن ادعى تلقي الملك من جهة المالك كما لو ادعى ذو اليد أنه وديعة عنده لفلان الغائب وادعى آخر الشراء من جهة ذلك الغائب اندفعت الخصومة عنه لأنهما تصادقا أن العبد وصل إلى يده من جهة الغائب على وجه لا يكون ذو اليد خصما للمدعي فكذا هذا، وكذلك إن ادعى أن ما في يده وديعة لغير الميت؛ لأنه انتصب خصما بظاهر اليد فصار كما لو ادعى عينا في يد إنسان فادعى ذو اليد أنه وديعة لفلان لا يسمع منه، ولو أقام الموصى له البينة على الإيداع والغصب هل تندفع الخصومة؟ لم يذكره محمد وقيل لا يندفع كما لو ادعى الشراء من الغائب وادعى ذو اليد الإيداع من غائب آخر وأقام البينة على ذلك لا تندفع الخصومة عنه فكذا هذا؛ لأن المدعي ادعى تلقي الملك من جهة الميت ولم يدع ملكا مطلقا، وظاهر إطلاق محمد يدل على هذا، ولو أقام الأول البينة أن الميت أوصى له بجارية بعينها وقبضها وغاب الوارث وأقام آخر البينة على الوصية بها والرجوع عن الأول قضى له بها وبنصفها إن لم يشهدوا بالرجوع، ولو كان الوارث هو الحاضر لم يكن خصما للآخر إلا إذا لم يقبض الأول وخاصم الثاني الوارث إلى غير القاضي الأول فيكون خصما عن نفسه وعن الأول لكن لا يقضي بالرجوع ويوقف حتى يعيد البينة على الأول على الرجوع؛ لأن الموصى له الثاني ادعى عين الجارية ولا يدعي شيئًا مما في يد الوارث؛ لأن وصيته مقصورة على الجارية حتى لو هلكت بطلت وصيته والجارية خرجت عن التركة لما قبضها الموصى له الأول والوارث إنما ينتصب خصما باعتبار كون التركة في يده حتى لو كانت الجارية في يده ينتصب خصما؛ لأن قاضٍ آخر لا يعرف كون الوارث مودعا في هذه الجارية فيجعله خصما لمن يدعي حقا في الجارية، ولا تندفع الخصومة بمجرد دعواه أنها أمانة في يده فيقضي للثاني بنصف الجارية ولا يقضي بالرجوع عن وصية الأول؛ لأن الوارث خصم في حق إثبات الوصية متى كانت التركة في يده وليس بخصم في حق إثبات الرجوع بل الخصم فيه الموصى له الأول لما فيه إبطال حقه ولا اتصال بين الوارث وبين الموصى له بسبب ما فلم ينتصب الوارث خصما عنه فتوقفت

الشهادة على الرجوع إلى أن يحضر الموصى له الأول، وكذلك حكم الرجوع في الثلث المرسل لما بينا.

(فصل)

وإذا مات رجل عن مال فأقام رجل البينة أن له على الميت دينا ألف درهم فقضى وقبض وغاب الوارث فحضر غريم فليس الغريم الأول بخصم له؛ لأن الغريم لا يستحق عين التركة حتى كان للوارث أن يعطى حقه من مال آخر رضي الغريم أم سخط فلم يدَّعِ بعض ما في يد الغريم الأول لنفسه وإنما يدعي دينا له على الميت فلا ينتصب الغريم خصما له وإنما خصمه في دعوى الدين على الميت ورثته أو وصيته، وكذلك لو لم يكن الأول غريما فكان موصى له لم يكن خصما للغريم؛ لأنه لا يستحق عين ما في يد الموصي بخلاف الموصى له؛ لأنه يستحق عين التركة كالوارث فقد ادعى بعض ما في يد الموصى له الأول لنفسه من جهة الميت فانتصب ذو اليد خصما له، وكذلك لو كان الأول غريما والثاني موصى له لم يكن الغريم خصما؛ لأن الموصى له لا يدعي بعض ما في يد الغريم؛ لأن حق الغريم مقدم على حقه، فإن الدين مقدم على الوصية، ولو كان الوارث هو الحاضر قضى بالدين وكان قضاء على الموصى له؛ لأن الوارث ينتصب خصما فيما يدعي على الميت بمنزلة الوصية.

(فصل)

لرجل في يد رجل ألف درهم غصب أو وديعة فأقام آخر البينة على الوصية وذو اليد يقول لا أدري موته ويقر بالمال فليس بخصم؛ لأن المودع لا ينتصب خصما لمن يدعي الملك في الوديعة من جهة المودع بعقد جرى بينهما كالمشتري والموهوب له، وإن كان ذو اليد جحد المال أو يقول وهبه مني ولم يمت فهو خصم ويقضي لمدعي الوصية بثلث الألف لا غير ويصير الميت مقضيا عليه؛ لأن الموصى له ادعى المال في يد الحاضر بسبب ادعاه الميت فينتصب الحاضر خصما عن الميت كما لو ادعى شراء شيء من الميت حال حياته وهو كان بملكه أو وهبه

منه وسلمه إليه والقاضي لا يعلم أنه بقي في يد الوارث ضعف الألف فلا يقضي له بثلث الألف، فإن أقام شاهدين أن الميت ترك ألفين سوى الألف وقبضهما وارثه فلان ولا يعلمون له وارثا غيره قضي له بالألف كلها ودفعها ذو اليد إليه وكان قضاء على الوارث حتى لا يسمع إنكاره بعد ذلك؛ لأنه ثبت بالبينة العادلة وصول مثلا الألف إلى الوارث فيقضي للموصى له بجميع الألف ويصير الميت مقضيا عليه ببينة المدعي؛ لأنه ادعى تلقي الملك من جهته فصار كما لو ادعى شراء هذا المال من جهة الميت، فإن أقام المدعي بينة أنهم لا يعلمون له وارثا أو كان رجلًا أسلم ولم يوال أحدا جعل القاضي للميت وصيا يخاصم عنه؛ لأن الشهود شهدوا أن التركة حق لجماعة المسلمين والمدعي يدعي حقا في مال المسلمين فيكون خصمهم المسلمون فينصب القاضي خصما عنهم لتعذر المخاصمة مع جميع المسلمين، ولو أقام المدعي البينة على الوصية في هذا الوجه وذو اليد مقر بالمال أو جاحد فهو خصم؛ لأن الموصى له بمنزلة الوارث عند عدم الوارث والمودع ينتصب خصما للوارث فكذا ينتصب خصما لمن قام مقام الوارث وهذا يدل على أن الموصى له متى وجد شيئًا من التركة معيبا وكان الميت اشتراه أنه يرده بالعيب في هذه الحالة؛ لأن الموصى له جعل بمنزلة الوارث في هذه الحالة، ولو ادعى أنه أوصى إليه في كل قليل وكثير وأقام البينة يأمره القاضي بدفع المال إليه مقرا به كان أو جاحدا؛ لأن المودع أو الغاصب ينتصب خصما لمن قام مقام المالك في القبض منه حال حياة المالك فكذا بعد وفاته؛ لأن الوصي وكيل عن المالك بقبض الوديعة أو الغصب بعد وفاته فصار كالوكيل حال حياته بخلاف الموصى له بالمال حال قيام الوارث؛ لأنه لم يقم مقام الموصي؛ لأنه يملكه ملكا جديدا بعقد جرى بينهما جديدا، ألا ترى أنه لا يرد بالعيب ولا يرد عليه، فإن رجع المالك حيا وقد توى المال في يد الوصي فلا ضمان على الشاهدين؛ لأنه لم يوجد منهما تفويت اليد ولا تفويت الملك وإنما شهدوا له بحق القبض لا غير وهذا لا يوجب الضمان كما في حالة الحياة، ثم لا يخلو إما أن كان قبله المال غريما أو مودعا أو غاصبا، فإن كان غريما فلا ضمان على الوصي لصاحب الدين ويضمن الغريم ويرجع على الوصي؛

لأنه لما جاء صاحب المال حيا ظهر أنه ليس للقاضي ولاية أمر الغريم يدفع ما عليه إلى غيره؛ لأن للقاضي ولاية حفظ مال الغائب إذا كان يخاف التوى وهنا لا يخاف التوى والتلف فلم يصح أمره بالدفع فصار كأن الغريم دفع بغير أمر القاضي ولا يضمن الوصي؛ لأنه قبض بإذن الغريم إلا أن الغريم دفع إليه ليسلم له ما في ذمته ويسقط عنه الدين ولم يسلم له فكان له حق الرجوع بما دفع، فإن كان مودعًا فلا ضمان على المستودع خلافًا لأبي يوسف لما يأتي ويضمن الوصي؛ لأن المودع أمين والأمين لا يضمن إلا بالتعدي ولم يوجد منه التعدي إذ الوديعة أخذت منه على كره وجبر منه والوصي قبض مال غيره بغير إذنه وبغير إذن من يلي عليه فصار متعديا ضامنا، وإن كان غاصبا، فإن شاء ضمن الغاصب، وإن شاء ضمن الوصي، فإن ضمن الغاصب يرجع على الوصي وعلى عكسه لا يرجع؛ لأنه تصدى من كل واحد منهما بسبب ضمان في حق صاحب المال من الغاصب الغصب ومن الوصي القبض بغير إذنه وكان الوصي بمنزلة غاصب الغاصب والغاصب الأول يرجع على الثاني والثاني لا يرجع على أحد، فإن كان ما قبضه الوصي قائمًا في يده، فإن شاء أجاز صاحب المال قبضه وبرئ الغريم والغاصب؛ لأن الإذن اللاحق كالإذن السابق، فإذا أجاز قبضه ثم ضاع في يد الوصي لم يكن على الوصي ولا الغريم شيء؛ لأنه ضاع في يد أمينه ووكيله ولو لم يأت المالك حيا لكن تبين أن الشاهدين عبدان فلا ضمان على ذي اليد في هذه الفصول ولا على الشاهدين ويضمن الوصي؛ لأنه صح أمر القاضي إياه بدفع المال إليه متى كان الوارث غائبا ولم يقم للميت وصي؛ لأن للقاضي أن ينصب وصيا حتى يقبض حقوق الميت متى كان الوارث غائبا، فإذا صح أمره صار الدفع إليه بأمره كالدفع بأمر صاحب المال؛ لأنه نائبه شرعا فبرئ الدافع عن الضمان ويضمن الوصي؛ لأنه ظهر أنه قبض مال الوارث بغير إذنه؛ لأن القابض ليس بوصي القاضي؛ لأن القاضي لم ينصبه وصيا في قبض حقوق الميت إنما أمضى أيضًا كان من الموصي ثم ظهر أنه لم يكن من الميت أيضًا فلم يصح الإمضاء ولم يوجد منه نصب الوصي فلم يصح أمره بالقبض في حقه؛ لأنه إنما أمره بالقبض بناء على زعمه أنه وصي الميت وقد ظهر بخلافه

وتم، فإنما صح أمر القاضي بالدفع؛ لأن له ولاية أخذ المال منه ليحفظه على الغائب فكذلك أمره بالدفع.

رجل عليه ألف لرجل غائب أو عنده وديعة أو غصب فادعى رجل أنه مات وأوصى له بها وصدقه ذو اليد فهو على وجهين إما أن مال المدعي لصاحب المال وارث غائب أو قال لا أدري أو قال ليس له وارث، فإن قال له وارث أو لا أدري وصدقه ذو اليد لم يقض له بشيء في ذلك؛ لأن ذا اليد ليس بخصم للمدعي ألا ترى أنه لو أنكر لا تسمع بينة المدعى عليه؛ لأن الموصى له لم يقم مقام الميت متى كان له وارث بيقين أو باعتبار الظاهر فتصديق ذي اليد إقرار بمن ليس بخصم له فلا يصح كما لو صدر من الأجنبي؛ لأنه إقرار على الغير وهو الوارث وإن قال المدعي لا وارث للميت وصدقه ذو اليد تأنى القاضي، فإن ظهر وارث وإلا يقضي للموصى له؛ لأن ذا اليد انتصب خصما للمدعي، ألا ترى أنه لو أنكر انتصب خصما؛ لأن الموصى له بمنزلة الوارث في هذه الحالة فصح إقرار ذي اليد إلا أن القاضي يتأنى ويتلوم في القضاء صيانة لقضائه عن النقض لجواز أن يظهر الأمر بخلاف ما أقر به.
وأما القسم الثاني: وإن ادعى رجل على ذي اليد أن له على الميت ألف درهم وله وارث غائب لم يكن ذو اليد خصما فيه؛ لأن ذا اليد لم ينتصب خصما للموصى له، وإن كان يدعي استحقاق غير ما في يده؛ لأنه لا ينتصب خصما للغريم والغريم لا يدعي استحقاق غير ذلك أولى.

وإن قال المدعي: إنه مات ولم يدع وارثا وصدقه ذو اليد تأنى القاضي زمانا ثم نصب للميت وصيا وأمر الغريم بإقامة البينة عليه؛ لأن هذه تركة مهملة ليس له وصي ولا وارث وكان للقاضي أن ينصب لها وصيا يستوفي حقوق الميت ويوفي ما عليه من الحقوق وذو اليد لم يكن خصما له ما صنع القاضي جائز عليه؛ لأن وصي القاضي كوصي الميت فقد قامت البينة على خصم عن الميت فنفذ جميع ما صنع القاضي عليه ولو ادعى المدعي أن صاحب المال أوصى إليه ومات وصدقه ذو اليد لم يؤمر بالدفع إليه إلا الدين، فإنه يؤمر بدفعه إليه ويكون قضاء على الغريم خاصة، ثم رجع محمد وقال لا يؤمر بدفع الدين أيضًا؛ لأن إقرار الغريم بكونه وصيا إقرار

على الغائب ببراءة نفسه عن دين وجب للغائب عليه؛ لأنه يرفع مال الغائب إليه بأمر القاضي وهذا يبرئه عن الدين متى كان صاحب الدين ميتًا فلا يصح إقراره ببراءة دين وجب عليه للوارث وأما **القسم الثالث**: لو أقام المدعي البينة أنه أخ الميت لا يعلمون له وارثا غيره والمال وديعة أو غصب أو دين على المدعى عليه فقضى ودفع المال إليه ثم جاء المشهود بموته حيا ضمن الشاهدان في الغصب والوديعة دون الدين ودينه باقٍ على الغريم؛ لأن الشاهدين نقلا وحولا ملك المالك إلى الأخ بغير حق؛ لأنه ظهر كذبهم بيقين متى جاء الموروث حيا وفي الغريم الشاهدان ما أزالا ملكه عن الدين، فإن الدين باق لصاحب الدين في ذمة المديون على حاله حتى بقي له مطالبة الغريم كما كان قبل شهادتهما؛ لأن الغريم لم يدفع الدين إلى صاحبه ولا إلى وكيله ويرجع الغريم إن شاء على الشاهدين ثم هما يرجعان على الأخ، وإن شاء ضمن الأخ؛ لأن الأخ قبض ماله بغير حق بدعوى باطلة والشاهدان أزالا ملكه عن المقبوض بشهادتهما الباطلة وكان الشاهد في حق الغريم بمنزلة الغاصب والأخ بمنزلة غاصب الغاصب، وإذا حضر وارث وأقام البينة على أنه وارث له لا وارث له غيري وقال ذو اليد له وارث آخر تأنى القاضي ثم قضى له وأخذ منه كفيلا؛ لأن حق المدعي قد ظهر وحق الغائب عسى يظهر وعسى لا يظهر ولا يؤخر حق ظهر لحق عسى يظهر فيدفع المال إليه ويأخذ منه كفيلا نظرًا للغائب لجواز أن يكون للميت وارث آخر وهذا شيء احتاطه القضاة اليوم. قيل: أخذ الكفيل قولهما لا قول أبي حنيفة بناء على أن رجلًا مات وترك مالًا وادعى رجل أنه ابنه ولم يشهدوا ولا يعلمون له وارثا غيره عندهما: لا يدفع المال إليه إلا بكفيل وعنده: يدفع إليه من غير كفيل وقيل هذا قول الكل؛ لأنه علل محمد وقال: لأنه يأخذه بإقرار ذي اليد لا بالبينة؛ لأن الثابت بالإقرار دون الثابت بالبينة؛ لأن الإقرار حجة قاصرة في حق المقر خاصة والبينة حجة في حق الناس كافة ففي الإقرار لا يدفع المال إليه إلا بكفيل عنده وفي البينة يدفع بغير كفيل ليظهر انحطاط رتبة الإقرار عن رتبة البينة.

(فصل)

ولو حضر ذو اليد ابتداء عند القاضي فقال: هذا المال لرجل مات ولا وارث له تأنى القاضي ثم أخذه منه فحصله في بيت المال، فإن فعل ذلك ثم جاء صاحبه حيًا، فإن كان دينًا فهو على الغريم بحاله ورجع الغريم في بيت المال، وفي الغصب إن شاء ضمن الغاصب ورجع في بيت المال، وإن شاء ضمن بيت المال، وفي الوديعة كذلك عند محمد.

وقال أبو يوسف: لا ضمان على المستودع.

لمحمد: أن المودع التزم الحفظ بعقد الوديعة وبالإقرار دل المقر له على الأخذ فصار تاركا للحفظ وإنه سبب الضمان كالمودع إذا دل إنسانا على سرقة الوديعة يضمن فكذا هذا.

لأبي يوسف: أن المودع لا يجوز أن يضمن بمجرد الإقرار لصاحب المال؛ لأنه بمجرد قوله لا يزيل ملكه ولا يده بمجرد الدفع؛ لأنه كان مكرها على الدفع وبالإقرار، هب أنه دل المقر له على الأخذ إلا أنه منعه من الأخذ بعد الدلالة على الأخذ لم يضمن؛ لأن الدلالة لم تبق فكذا هذا فكذلك اختلافهما في الوديعة في حكم الضمان فيما تقدم من المسائل.

وإن لم يأت صاحب المال حيا وجاء ابنه فلا ضمان على ذي اليد في شيء من ذلك ويعوض الابن من بيت المال كما لو أفرد ذو اليد بأن هذا أخو الميت ووارثه لا وارث له غيره ودفع القاضي المال إليه ثم ظهر له ابن لا ضمان على ذي اليد وإنما الضمان على الأخ القابض فكذا هذا والله أعلم.

كتاب حساب الوصايا

اعلم أن علم الحساب من أغمض العلوم وأدقها حتى كَلَّ عامة الخواطر عن إدراكه وفَتر الأوهام عن إبصاره، فأبو حنيفة إمام الأئمة ومقتدي الأمة وأصحابه أئمة المهديين وقدوة المتقدمين رضي الله عنهم أنضوا مطايا أفكارهم في البحث والسَّفر عن وجوه المعارف للحساب أبلغ الإنضاء فاستخرجوا بنتائج أفكارهم وبنات قرائحهم وجودة خواطرهم الأحكام المبنية على الحساب على طريق متشتتة مسلكها مختلف ومقصدها متحدة ومعرفتها من آثار معجزات النبوة، ولهذا جعل الله تعالى علم الحساب معجزة لنبي من أنبيائه وهو إدريس صلوات الله عليه حتى رُوي أن جبريل صلوات الله عليه أتاه ذات يوم فسأله: أين جبريل؟ فتأمل إدريس في علم الحساب فقال: ليس في سدرة المنتهى، ثم نظر فيه مرة أخرى فقال: ليس في السماء، ثم نظر فيه مرة ثالثة فقال: في الأرض وهو أنت.

ثم جمع محمد بن الحسن رحمه الله لتخريج مسائل الوصايا بين الطرق الستة **أحدها:** الحشو وهي أقرب إلى الأفهام وأسهل لتخريج الأحكام وإنما سميت طريقة الحشو؛ لأنه فيما يزاد فيه وينقص وقيل؛ لأنه حشى فيها معانٍ حسنة. **والثاني:** طريقة الجبر والمقابلة لما فيها من الجبر والمقابلة وهي أحسن الطرق وأجودها تخريجا ولكن على الأفهام عسير. **والثالث:** طريقة الدرهم والدينار؛ لأن التخريج على هذه الطريقة يقع بطريق المقاصة لما تبين والمقاصة تختص بالدرهم والدينار **والرابع:** طريقة الخطأين وإنما سميت بهذه التسمية؛ لأن الحساب على هذه الطريقة إنما يخرج بالضرب مرتين في الخطأين **والخامس:** طريقة الجامع الأكبر **والسادس:** طريقة الجامع الأصغر وهما ينبنيان على الخطأين، فإن الخطأ في أحدهما أكبر فسميت طريقة الجامع الأكبر والخطأ في الأخرى أقل فسميت طريقة الجامع الأصغر ثم مسائل هذا الكتاب تقسم إلى قسمين أحدهما في تخريج الأحكام على هذه الطرق الممهدة.

(القسم الأول في تخريج الأحكام على طريق المنازعة والعول والمضاربة)

(باب ما يجاوز الثلث من الوصايا أو مثله أو ناقصة عنه)

مسائله على فصول:

أحدها: في الوصايا المختلفة.

والثاني: في الوصايا المقيدة.

والثالث: في الوصايا المجتمعة.

والرابع: في شراء القريب في المرض.

(فصل)

أصله: أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم إجازة الورثة تبطل ضربا واستحقاقًا عند أبي حنيفة إلا في ثلاثة الوصية بالألف المرسلة والوصية بالمحاباة في البيع والوصية بالعتق في المرض لا تبطل في حق الضرب.

وعندهما والشافعي: لا تبطل ضربا في الكل.

لهما: أن الموصي فضل البعض على البعض في الوصية واستحقاق المال فوجب اعتبار تفضيله مهما أمكن وقد أمكن اعتبار تفضيله في حق الضرب؛ لأن الوصية بما زاد على الثلث بطلت في حق الاستحقاق برد الورثة نفيا للضرر عن الورثة لم يبطل في حق الضرب؛ لأنه لا ضرر على الورثة في حق الضرب في الثلث كالمرتهن إذا رد بيع الراهن المرهون انفسخ في حق الاستحقاق نفيا للضرر عنه ولم ينفسخ في حق الراهن حتى إذا قضى الدين أو أجازه المرتهن تنفذ فكذا هذا، له: أن حق الضرب إنما يثبت ضمنًا لثبوت الاستحقاق والوصية بما زاد على الثلث بطلت في حق الاستحقاق برد الورثة لأنها تناولت وصادفت ملك الورثة؛ لأن الوارث ملك الزيادة على الثلث من حين الموت فيبطل حق الضرب ضرورة

عدم الاستحقاق للزيادة كالوصية بالمحاباة لما ثبت في ضمن البيع بطل ببطلان البيع بخلاف الفصول الثلاثة؛ لأن الوصية بالألف المرسلة والمحاباة لم تقع على حق الورثة بدليل أنه يتصور نفوذها عند كثرة المال بدون إجازة الورثة والعتق في المرض وصية بالسعاية والسعاية بمنزلة الألف المرسلة يتصور نفوذها عند كثرة المال بدون إجازة الورثة فما قاله أبو حنيفة وصية عادلة وما قالاه وصية جائزة لأنها باطلة فلا يجوز تقريرها.

وكان أبو حنيفة أسعد حالًا وأحسن مقالا وأوضح برهانا، ثم لا يخلو إما أن أوصى بما يتجاوز عن الثلث أو لا يتجاوز عنه، فإن أوصى بما يتجاوز عن الثلث بأن أوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثه ولآخر بربعه فعند أبي حنيفة الثلث بينهم على أحد عشر يضرب فيه صاحب الربع بثلاثة وكل واحد من الآخرين بأربعة وعندهم على ثلاثة عشر يضرب فيه صاحب النصف بستة وصاحب الثلث بأربعة وصاحب الربع بثلاثة، وهذه المسألة تسمى مسألة الثقفية، فإن إبراهيم النخعي سأل عاصم الثقفي رضي الله عنهما عنها فقال: لا علم لي بها، وتخريجه لأبي حنيفة أن الوصية بما زاد على الثلث عند عدم الإجازة لما بطلت في حق الضرب والاستحقاق صار كأنه أوصى بثلث ماله لرجل وبثلثه لآخر وبربعه لآخر فيكون ثلث المال بينهم على أحد عشر وتخريجهم على سبيل العول والمضاربة أنه اجتمع في الثلث ثلاث وصايا نصف وثلث وربع فأقل ما يخرج منه هذه السهام اثنا عشر فضرب الموصى له بالنصف بستة والموصى له بالثلث بأربعة والموصى له بالربع وذلك ثلاثة فقد عالت الفريضة بسهم.

وكذلك لو أجازت الورثة فكل المال بينهم كذلك عندهما.

واختلفوا في تخريج قول أبي حنيفة؛ قال أبو يوسف: تقسم على طريق المنازعة فيجعل الثلث على اثني عشر للموصى له بالنصف ستة وللموصى له بالثلث أربعة وللموصى له بالربع ثلاثة فسهمان لا منازعة لأحد مع الموصى له بالنصف فيسلم له ذلك بلا منازعة بقي حقه في أربعة وحق الموصى له بالثلث في أربعة وحق الموصى له بالربع في ثلاثة وصاحب النصف والثلث يدعي كل واحد فضل سهم لا

ينازعهما فيه أحد فيعطى لكل واحد سهم كامل تبقى ثمانية أسهم وقد بقي حق كل واحد منهم في ثلاثة وقد استوت منازعتهم في ثمانية وثمانية لا تستقيم على ثلاثة فضربنا أصل الفريضة وذلك اثنا عشر في ثلاثة فصار ستة وثلاثين فصاحب النصف أخذ ثلاثة من اثني عشر صارت مضروبة في ثلاثة فتكون تسعة فهي له وصاحب الثلث أخذ سهمًا صار مضروبا في ثلاثة فصارت أربعة وعشرين يستقيم بينهم أثلاثًا.

وقال محمد: يقسم الفاضل على الثلث وهو الثلثان على سبيل المنازعة ثم يقسم الثلث على سبيل العول والمضاربة وتخريجه أن أصل الفريضة اثنا عشر وصاحب النصف يدعي وصل سهمين لا ينازعه فيهما أحد وهما في ثلاثة فيكون أحد عشر فيقسم المال بينهم على سبيل العول والمضاربة يضرب صاحب النصف بأربعة وصاحب الثلث بأربعة وصاحب الربع بثلاثة فيكون أحد عشر وعشرة لا يستقيم على أحد عشر فاضرب أحد عشر في أصل الفريضة وذلك اثنا عشر فتكون مائة واثنين وثلاثين وإن شئت اختصرت الحساب على النصف وذلك ستة وستون لأن لأصل المال نصفًا صحيحًا ولنصيب كل واحدٍ منهم نصفٌ صحيحٌ من مائة واثنين وثلاثين فاختصر على النصف وذلك ستة وستون وكان لصاحب النصف سهمان من اثني عشر صار مضروبا في خمسة ونصف فصار أحد عشر فهو له والعشرة المنكسرة صارت مضروبة في خمسة ونصف فصارت خمسة وخمسين ولصاحب النصف أيضًا أربعة من أحد عشر صار مضروبا في خمسة فصار عشرين فضمه إلى أحد عشر فصار أحد وثلاثين ولصاحب الثلث أربعة صارت مضروبة في خمس فصارت عشرين فهو له ولصاحب الربع ثلاثة صارت مضروبة في خمسة وصارت خمسة عشر فهي له، ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بثلثه ولآخر بسدسه فعندهما يقسم على سبيل العول والمضاربة فيضرب كل واحد بجميع وصيته في جميع المال إن أجاز الورثة، ولو أوصى الثلث إن لم يجز واقتصر كل المال أو الثلث على تسعة، وعند أبي حنيفة على رواية أبي يوسف يقسم على سبيل المنازعة فأربعة من ستة لصاحب الجميع بلا منازعة؛ لأنه لا ينازعه فيها أحد وسهم يدعيه صاحب الجميع وصاحب الثلث ولم يدعيه صاحب السدس فيكون بينهما

نصفين لاستواء منازعتهما فيه وقد انكسر فأضعف ليزول الكسر فصار اثني عشر لصاحب الجميع تسعة ولصاحب الثلث سهم بقي سهمان استوت منازعة الكل فيهما فيكون بينهم أثلاثًا وقد انكسر فاضرب اثني عشر في ثلاثة فصار ستة وثلاثين فمنها تخرج المسألة وتخريجه على رواية محمد وهو أنه تفرد صاحب الجميع فيه بسهمين، وكذلك صاحب الثلث وصاحب السدس كل واحد بسهم فيكون خمسة وسهمان لا يستقيمان على خمسة فاضرب أصل الفريضة وذلك ستة في خمسة فصار ثلاثين فمن كان له من ستة سهم فهو مضروب في خمسة ومن كان له سهم من خمسة فهو مضروب في اثنين كان لصاحب الجميع أربعة من ستة صارت مضروبة في خمسة فصار له عشرون وكان له سهمان من خمسة مضروبان في اثنين فصار له أربعة فحصل له أربعة وعشرون وكان لصاحب الثلث سهمان من خمسة مضروبان في اثنين فصار له أربعة ولصاحب الربع سهم مضروب في اثنين فكان ما قاله محمد أحسن تخريجا وأعدل تقسيما؛ لأن فيما قاله أبو يوسف نصيب صاحب السدس عند الإجازة أقل مما كان عند عدم الإجازة؛ لأنه أصابه عند الإجازة سهمان من ستة وثلاثين وعند عدم الإجازة أصابه سهم من خمسة عشر وهذا قبيح غير مستقيم وفيما قاله محمد نصيب صاحب السدس سهمين من ثلاثين حالة الإجازة وسهم من خمسة عشر حال عدم الإجازة وهذا في القياس مستقيم وأبو يوسف يقول بأن ما يلحق صاحب السدس الضرب بالنقصان حالة الإجازة إنما يلحقه برضاه؛ لأن له أن يرد إجازة الورثة؛ لأن من تصرف في ملكه وللغير فيه حق فله أن يرد عليه تصرفه متى تضرر به صاحق الحق، فإذا لم يرد إجازتهم فقد رضي بهذا الضرر وهذا الضرر إنما يلحقه برضاه لا بإجازة الورثة، ولو أوصى لرجل بثلثي ماله ولآخر بنصفه ولآخر بثلثه ولآخر بخمسة أسداسه فأجازت الورثة فتخريجه عندهما على سبيل العول والمضاربة أن أقل حساب تخرج منه هذه السهام ستة يضرب صاحب الثلثين بأربعة وصاحب النصف بثلاثة وصاحب الثلث بسهمين والآخر بخمسة أسهم فيكون أربعة عشر فيجعل الثلث على أربعة عشر والجميع على اثنين وأربعين وتخريجه على قول أبي حنيفة على الروايتين متفق على سبيل المنازعة؛ لأن حقوقهم في الثلث مستوية فصاحب خمسة أسداس تفرد بدعوى سهم لم ينازعه أحد فيه فيكون له وسهمان من الخمسة الباقية ينازع فيهما صاحب الأسداس

وصاحب الثلثين لا ينازعهما فيهما أحد فيكون بينهما لكل واحد سهم بقي ثلاثة أسهم سهم لا منازعة لصاحب الثلث فيه وقد استوت منازعة الباقين فيه فيكون بينهم أثلاثًا لا يستقيم فاضرب ستة في ثلاثة فصار ثمانية عشر كان لصاحب الأسداس سهمان ضربناهما في ثلاثة فيكون ستة فهي له ولصاحب الثلثين سهم ضربنا في ثلاثة فيكون ثلثه فهي له وسهم انكسر ضربناه في ثلاثة فهي بينهم أثلاثًا لكل واحد منهم بقي من أصل الفريضة سهمان ضربناهما في ثلاثة فيكون ستة وقد استوت منازعة الكل فيه فيكون بينهم أرباعا وقد انكسر ذلك وبين ثمانية عشر وبين أربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما في الآخر فصار ستة وثلاثين ثم تخرج على نحو ما مر فلصاحب الأسداس سبعة عشر ولصاحب الثلثين أحد عشر ولصاحب النصف خمسة ولصاحب الثلث ثلاثة فبلغ الكل ستة وثلاثين.

ولو أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصفه فالثلث بينهما نصفان عند أبي حنيفة؛ لأنه يصير كأنه أوصى لكل واحد بالثلث وعندهما للموصى له بالجميع ثلاثة وللموصى له بالثلث سهم، وكذلك إن أجازت الورثة عندهما للموصى، وعند أبي حنيفة مما زاد على الثلث يعطى للموصى له بجميع المال بلا منازعة والثلث استوت منازعتهما فيه فيقسم بينهما نصفين، وأما إذا أوصى بما لا يتجاوز كل وصية عن الثلث لفظًا بأن أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربعه ولآخر بسدسه ولم يجز الورثة، فإنه يقسم الثلث بينهم على طريق العول والمضاربة بالإجماع يضرب كل واحد في الثلث بجميع وصيته يضرب صاحب الثلث بأربعة من اثني عشر وصاحب الربع بثلاثة وصاحب السدس بسهمين فيكون الثلث بينهم على تسعة؛ لأن الوصية لم تتناول حق الورثة لفظًا؛ لأنه لم يسمّ ما زاد على الثلث كما إذا أضاف الوصية إلى عين من أعيان ماله وإنما يتناول وصادف حقهم معنى فإنهم إذا أجازوا يستحق عليهم الزيادة على الثلث، ولهذا بقيت الوصية، فإن هلك ماله كله حتى لو استفاد الميت مالًا بعد ذلك وجب تنفيذ الوصايا منه فبطلت الوصية برد الورثة في حق الاستحقاق وبقيت في حق الضرب اعتبارا للفظ والمعنى جميعًا كالهبة بشرط

العوض، وكذلك لو أوصى لرجل بالثلث ولآخر بالربع يقسم الثلث بينهما على سبعة يضرب صاحب الثلث بأربعة وصاحب الربع بثلاثة، وكذلك إن كانت الوصية داخلة في الثلث بأن أوصى يدخل بالربع ولآخر بالسدس يضرب كل واحد بقدر وصيته؛ لأن هذه الوصايا لم تتناول حق الورثة لفظًا ولا معنى لأنها لم تتجاوز الثلث، وإذا أوصى لرجل بألف مرسلة ولآخر بخمسمائة وثلث ماله خمسمائة يكون الثلث بينهما أثلاثًا بالإجماع.

(**الفصل الثاني**): لو أوصى لرجل بعبد قيمته نصف ماله ولآخر بعبد قيمته ثلث ماله فالثلث بينهما نصفان عند أبي حنيفة؛ لأنه أضاف الوصية إلى عين من أعيان ماله وقد تعلق به حق الورثة فتناولت الوصية حق الورثة فبطلت بردهم ضربا استحقاقا، ولهذا لو هلك العين أو العين المضاف إليه الوصية بطلت وعندهما يقسم الثلث على خمسة ثلاثة لصاحب العبد الكثير القيمة وسهمان للآخر لما بيناه، ولو أوصى لرجل بعبد ولآخر بثوب ولآخر بدابة وثلث المال ألف والوصايا ألف وخمسمائة يجوز لكل واحد ثلثا وصيته؛ لأنه أوصى لكل واحد بعين قيمتها أقل من ثلث ماله وفي مثل هذه الوصايا برد الورثة تبطل الوصية فيما زاد على الثلث في حق الاستحقاق؛ لأن في حق الضرب كما لو أوصى لأحدهما بماله ولآخر بربعه ولآخر بسدسه بخلاف المسألة المتقدمة؛ لأن قيمة أحد العبدين مثل نصف المال والوصية بما زاد على الثلث تبطل برد الورثة ضربًا واستحقاقا عند أبي حنيفة، كما لو أوصى لأحدهما بنصف ماله ولآخر بثلثه، ولو أوصى لرجل بسيف قيمته مائة درهم نقدًا أو عروض فما فضل على سدس السيف فهو لصاحبه والسدس بينه وصاحب السدس نصفان ولصاحب السدس سدس الخمسمائة عند أبي حنيفة وعندهما السيف بينهما على سبعة ولصاحب السدس سبعة؛ لأن عند أبي حنيفة القسمة في السيف على سبيل المنازعة؛ لأنه عين والقسمة في الأعيان على سبيل المنازعة؛ لأنه عين شائع فلا يكون ملحقا بالميراث فيقول اجتمع في السيف وصيتان وصية بالكل ووصية بالسدس فاجعل السيف على ستة أسهم ولا منازعة لصاحب السدس فيما زاد عليه وذلك خمسة أسهم فسلم للموصى له بالكل بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهما

فيه فيكون بينهما نصفين فانكسر بالنصف فأضعف ليزول الكسر وعندهما القسمة في السيف على سبيل العول والمضاربة فيضرب الموصى له بالكل بستة ويضرب الموصى له بالسدس بسهم فصار السيف على سبعة، ولو أوصى بثلث ماله لآخر مع هذا ولم تجز الورثة فصاحب السدس يضرب في الثلث سدس خمسمائة وثلث سدس السيف وصاحب السيف بخمسة أسداس السيف إلّا سدس سبعة عند أبي حنيفة؛ لأنه اجتمع في السيف ثلاث وصايا وصية بالكل ووصية بالثلث ووصية بالسدس فاجعل السيف على ستة فلا منازعة لأحد فيما زاد على الثلث وذلك أربعة فسلم لصاحب السيف بقي سهمان لا منازعة لصاحب السدس فيما زاد على سهم واحد يدعيه صاحب السيف وصاحب الثلث فيكون بينهما نصفين فانكسر الحساب بالنصف فأضعف حتى يزول الكسر فصار السيف على اثني عشر لصاحب السيف أربعة ونصف ضعفته فصار تسعة ولصاحب الثلث نصف سهم ضعفته فصار سهما بقي سهمان استوت منازعة الكل فيهما فيكون بينهم أثلاثًا فانكسر بالأثلاث فاضرب اثني عشر في ثلاثة فيصير ستة وثلاثين كان لصاحب السيف تسعة صارت مضروبة في ثلاثة فصار له ثلاثة والمنكسر سهمان ضربهما في ثلاثة فصار ستة يستقيم بينهم لكل واحد سهمان ثم اجعل كل مائة من الخمسمائة على ستة وثلاثين فصار مائة وثمانين، فإن أجازت الورثة فلصاحب الثلث ثلاثة وذلك ستون ولصاحب السدس سدسه وذلك ثلاثون ولصاحب السيف سيفه وذلك ستة وثلاثون فصارت سهمان الوصايا مائة وستة وعشرين وجميع المال ثلاثمائة وثمانية وسبعين والسيف سدسه يكون ثلاثة وستين فيدفع إليهم مثل ما كان يدفع عند الإجازة من جميع المال يدفع إلى صاحب السيف ستة وثلاثين وإلى صاحب الثلث ستين وإلى صاحب السدس ثلاثين فحصل سهام الوصايا مائة وستة عشر مثل ثلث المال وعندهما يقسم على طريق العول والمضاربة يضرب صاحب السيف بالسيف كله وذلك ستة وصاحب الثلث بالثلث وذلك سهمان وصاحب السدس بسدس السيف وذلك سهم فصار السيف على تسعة ولما صار السيف وقيمته على تسعة صار كل مائة من خمسمائة على تسعة فيصير خمسة وأربعين، فإن أجازت الورثة فلصاحب الثلث ثلاثة وذلك

خمسة عشر ولصاحب السدس سدسه وذلك سبعة ونصف فانكسر بالنصف فأضعفه فصار تسعين وأضعف السيف وذلك تسعة فيصير ثمانية عشر وضم ذلك إلى تسعين وصار جميع المال مائة كان لصاحب الثلث خمسة عشر ضعفناه فصار له ثلاثون ولصاحب السدس سبعة ونصف ضعفناه فصار خمسة عشر ولصاحب السيف تسعة ضعَّفناها فصار ثمانية عشر فزادت سهام الوصايا على الثلث فهي لهم إن أجازت الورثة وإن لم يجيزوا انقسم الثلث بينهم على قدر أنصبائهم لا على قدر سهام الوصايا فيضرب كل واحد في الثلث بجميع حقه والوصايا ثلث وسدس وسدس أيضًا؛ لأن السيف سدس جميع المال؛ لأن قيمته مائة وجميع المال ستمائة فيصير ثلث المال أربعة فيصير جميع المال اثني عشر سهما لصاحب الثلث سهمان سدس ذلك في السيف وخمسة أسداسه في باقي المال فانكسر بالأسداس فاضرب أصل الفريضة وذلك اثني عشر في ستة فيصير اثنين وسبعين كان لصاحب السيف سهم ضربناه في ستة فصار ستة كلها في السيف وكان لصاحب الثلث سهمان ضربناهما في ستة فصار اثني عشر سدسه في السيف وذلك سهمان والباقي في باقي المال وكان لصاحب السدس سهم ضربناه في ستة فهي له سهم في السيف وخمسة أسهم في باقي المال فبلغت سهام الوصايا أربعة وعشرين وذلك ثلث جميع المال.

(**الفصل الثالث**): أصله أن الوصايا متى اجتمعت في الثلث وضاق الثلث عن إيفائها، فإنه يقدم الأقوى على الأوهى؛ لأن لزيادة القوة أثرا في التقديم؛ لأن كل تصرف لا يحتمل الفسخ ولا يقبل البطلان كالعتق له زيادة قوة ووكادة على تصرف يحتمل الفسخ والبطلان كالهبة والتبرع وإذا استوت الوصايا في القوة والوكادة كالعتقين والهبتين يتحاصان؛ لأنه متى لم يكن لأحد بهن ضرب قوة ومزية وكادة استوت في حق الاستحقاق فلا يجوز ترجيح إحداهما على الأخرى لما فيه إبطال حق الآخر. أوصى لرجل بألف ووهب لآخر ألفًا وسلم وأعتق عبدًا وثلث ماله لا يفي بالكل، فإنه يبدأ بالعتق؛ لأنه أقوى؛ لأنه لا يحتمل الفسخ بعد وقوعه وغيره من الوصايا يحتمل الفسخ فكان العتق أقوى وآكد فكانت البداية له أولى وأحق ولأن

في البداية بالعتق مراعاة حقين مراعاة حق الله وحق العبد ومراعاة حقين أولى من مراعاة حق واحد، وكذلك لو أوصى بالثلث ثم وهب ثم باع وحابى فيه يبدأ بالمحاباة؛ لأن المحاباة في ضمن البيع ومن قضية المعاوضة اللزوم فلزمت الوصية التي في ضمن المعاوضة والهبة والوصية غير لازمة فكانت المحاباة أقوى وآكد منهما، وإذا باع وحابى ثم أعتق وضاق الثلث عن العتق والمحاباة يبدأ بالمحاباة عند أبي حنيفة، ولو أعتق وحابى فإنهما يتحاصان في الثلث وعندهما يبدأ بالعتق بدأ بالمحاباة أم أخرها وعلى هذا الخلاف لو وهب وحابى أو حابى ثم وهب فالمحاباة أولى عند أبي حنيفة وعندهما يتحاصان، لهما: أن العتق أقوى من المحاباة، فإن العتق لا يحتمل الفسخ بحال والمحاباة يلحقها الفسخ والمحاباة مع الهبة استويا في معنى البيوع وكل واحد يحتمل الفسخ فيتحاصان، له: أن المحاباة أقوى من العتق؛ لأن العتق تبرع محض والمحاباة في ضمن التجارة وهو البيع وما يثبت في ضمن التجارة أقوى مما يثبت بالتبرع المحض؛ لأن ما يثبت في ضمن التجارة له حكم التجارة؛ لأن لها حكم الأعواض من وجه، فإنه يجب للشفيع في المحاباة الشفعة ويملك قبل القبض والشفعة إنما تجب فيما ملك عوضا عن مال ويصح من العبد المأذون عنده والتجارة أقوى من التبرع المحض؛ لأن المريض محجور عن التبرع غير محجور عن التجارة، فإذا كانت المحاباة أسبق كانت البداية بها أحق وإذا كان العتق أسبق فقد تساويا في القوة؛ لأن للعتق زيادة قوة بالسبق وللمحاباة ضرب قوة باعتبار المعاوضة، فعلى هذا لو حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحابين نصفين لتساويهما في الجهة ثم ما أصاب المحاباة الأخيرة قسمت بينهما وبين العتق؛ لأن العتق مقدم عليها ويستويان في القوة، ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة فما أصاب العتق الأول قسم بينه وبين العتق الثاني؛ لأن المحاباة مع العتق الأول تساويا ومع العتق الثاني أقدم وأحكم وإذا وجدا معًا تقدم عنده؛ لأنه أقوى، فإذا كانت أسبق كانت بالتقديم أحق.

(الفصل الرابع): وإذا اشترى ابنه في مرضه بألف وهي قيمته وله سوى ذلك ألفان عتق ويرث ولا يسعى وإن لم يخرج من ثلاثة يسعى إلى تمام الثلثين ولا يرث

عند أبي حنيفة وعندهما يسعى في تمام قيمته ويرث في الحالين جميعًا؛ لأن العتق في مرض الموت وصية وهذه الوصية للوارث فتكون باطلة إلا أن العتق لا يمكن نقضه فوجب عليه السعاية في قيمته ردًا للوصية، وعند أبي حنيفة الوصية وإن حصلت للوارث إلا أنه لا يمكن إيجاب السعاية عليه؛ لأن السعاية لو وجهت عليه لا يعتق عبده بل يصير بمنزلة المكاتب فصحت الوصية له؛ لأنه ليس بوارث وإذا صحت الوصية له يعتق، فإذا أعتق ظهر أن الوصية حصلت للوارث فتبطل وكان في إيجاب السعاية في الابتداء إبطاله في الانتهاء فلا يفيد الإيجاب فلا يجب، ولو كانت قيمة الابن خمسمائة فاشتراه بألف وأعتق عبدًا آخر قيمته خمسمائة ولا مال له غيرهما بدأ بالمحاباة ويسعى الابن في قيمته ولا يرث والعبد يسعى في قيمته؛ لأن عنده المحاباة مقدمة على العتق فصار الثلث كله للبائع ولم يبق للعبد شيء فيجب عليهما السعاية والابن مستسعى وهو بمنزلة المكاتب والمكاتب لا يرث وعندهما العتق أولى وبطلت وصية الابن فيسعى في قيمته ولا يسعى العبد في شيء ويرد البائع خمسمائة؛ لأن العتق مقدم على المحاباة فلم يسلم للبائع شيء من المحاباة وما يصيب الابن من الثلث لا يسلم له؛ لأنه وارث ولا وصية للوارث فوجب عليه السعاية فبقيت الوصية بالثلث للعبد وقيمته مثل الثلث فيعتق مجانا ولو أعتق أمة في مرضه قيمتها ألف وتزوجها ودخل بها ثم مات، فإن كانت قيمتها بعد مهر مثلها يخرج من الثلث جاز النكاح وورثت ولا يسعى ولها مهر مثلها، وإن كانت لا تخرج فالنكاح فاسد ولها مهر مثلها وثلث ما بقي بعد المهر ولا ميراث لها وهذا قول أبي حنيفة؛ لأن العتق وصية لها والوصية تعتبر من الثلث فمتى خرجت قيمتها من الثلث عتقت مجانا وترث؛ لأن النكاح صحيح ويجب مهر المثل؛ لأنه تزوجها بمهر المثل وتزوجها ولم يسم لها مهرا فيقضي بمهر مثلها أولا من جميع المال؛ لأن الدين مقدم على الوصية، وإن كانت قيمتها لا تخرج من الثلث يعتق بعضها فيصير بمنزلة المكاتب ونكاح مكاتبته فاسد، ويجب مهر المثل بالدخول في النكاح الفاسد والوصية للمكاتبة جائزة وعندهما النكاح جائز في الحالين ولها مهر مثلها والميراث وعليها السعاية في قيمتها ويحاسب بها من مهرها وميراثها؛ لأن

عندهما هي حرة مديونة؛ لأن ما زاد على مهر مثلها في المحاباة وصية لها ولا وصية للوارث فيجب لها قدر مهر مثلها من المسمى.

(القسم الثاني)

(باب الوصية بمثل النصيب)

(المبسوط): مسائله على فصلين:

أحدهما: فيما إذا كانت الورثة صنفًا واحدًا وأوصى بمثل نصيب أحدهم.

والثاني: فيما إذا كانت الورثة أصنافًا وأوصى بمثل نصيب صنف.

(فصل)

ولو أوصى بنصيب ابنه أو بنصيب ابنته وله ابن أو بنت لا تصح الوصية؛ لأن نصيب ابنه أو ابنته ثبت بنص الكتاب، فإذا أوصى بنصيبه لرجل فقد أراد تغيير عين ما فرض الله تعالى؛ لأنه يتغير فرضه ويتحول إلى الموصى له متى صحت الوصية فلا تصح ولو لم يكن له ابن أو بنت، فإنه تصح الوصية؛ لأنه ليس في وصيته تغيير ما فرض الله تعالى.

ولو أوصى بمثل نصيب ابنه أو ابنته وله ابن وبنت تصح الوصية؛ لأن مثل الشيء غيره لا عينه فيقدر نصيب الابن ثم يزاد عليه مثله فيعطى للموصى له إن كان مثل الثلث، وإن كان أكثر من الثلث، فإنه لا يجوز إلا بإجازة الورثة نحو ما إذا أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد فنصف المال للموصى له إن أجاز الابن، فإن لم يجز فللموصى له الثلث، وإن كان له ابنان فللموصى له ثلث المال فلا يحتاج إلى الإجازة، وكذلك لو أوصى بمثل نصيب ابنه وله ابنة واحدة فله نصف المال إن أجازت وإلا فله الثلث ومن كانت له ابنتان فله ثلث المال.

ولو ترك خمس بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم ولآخر بثلث ما بقي من الثلث فالفريضة من أحد وخمسين لصاحب النصيب ثمانية ولصاحب ثلث ما بقي ثلاثة ولكل ابن ثمانية وتخريجه على طريقة الحشو أن يجعل لكل نصيب سهما

لأجل صاحب النصيب فتصير ستة ثم تضربه في ثلاثة لحاجتك إلى ثلث ما بقي فيصير ثمانية عشر فتطرح منها سهما فيبقى سبعة عشر وإنما طرحنا سهما حتى تخرج المسألة لأنا لو لم نطرح سهما أدى إلى ما لا يتناهى كل واحدة طرحنا سهم الدور كي لا يؤدي إلى ما لا يتناهى وليس في أحكام الله ما لا يتناهى فثلث المال سبعة عشر فكان جميع المال أحدًا وخمسين وإذا أردت معرفة النصيب خذ النصيب وذلك سهم فاضربه في ثلاثة فصار ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة، فإن أصل الفريضة وهي ستة صارت مضروبة في ثلاثة فصار تسعة ثم اطرح منها سهما كما طرحت من أصل الفريضة فتبقى ثمانية فهو النصيب فيكون لصاحب النصيب ثمانية من سبعة عشر بقي تسعة ثلثها لصاحب ثلث ما بقي وذلك ثلاثة يبقى ستة فاضلة عن سهام الوصايا فتضم إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فيصير كله أربعين لكل ابن ثمانية وتخريجه على طريق الجبر والمقابلة أن يأخذ مالًا له ثلث ولثلثه ثلث وذلك تسعة أشياء فأعط بالوصية بالنصيب شيئًا وبالوصية ثلث ما بقي وذلك وثلث الثلث وذلك تسع المال للموصى له ثلث شيء؛ لأن الشيء كان مستثنيا من الثلث فيكون حقه في ثلث الثلث إلا شيء يبقى من الثلث تسعان إلا ثلث شيء فاضلا عن الوصايا ترد إلى ثلثي المال وذلك ستة فيصير ثمانية إلا ثلثي شيء وهذا ثلث المال وهو يعدل خمسة أيضًا لأنا أعطيناها بالنصيب شيئًا فيجب أن يعطي للبنتين أيضًا خمسة أيضًا لكل ابن نصيب مثل ما أعطينا لصاحب النصيب فعلمنا أن ثمانية أتساع إلا ثلثي شيء يعدل خمسة أشياء فأجبرنا هذا النقصان بثلثي نصيب فصارت ثمانية ومتى أجبرنا نقصان ثمانية فأكملنا بثلثي شيء فزدنا في مقابلته مثل ذلك وبمقابلته خمسة أيضًا وثلثي نصيب حتى يتحقق الجبر والمقابلة لكل المال، ووجه الإكمال أن يضرب خمسة أنصباء وثلثي نصيب في تسعة وهو مخرج الكسر فيكون أحد وخمسين، خمسة في تسعة خمسة وأربعون وثلثان في تسعة تكون ستة فهذا ثلث المال والنصيب ثمانية لكل ابن ثمانية ولصاحب النصيب ثمانية يبقى من الثلث بعد الأنصباء ثلاثة فهو لصاحب الثلث ما بقي وتخريجه على طريقة الدرهم والدينار أن يجعل ثلث المال دينارًا أو ثلاثة دراهم لحاجتك إلى النصيب وثلث ما بقي فأعط

لصاحب النصيب دينارا والموصى له الآخر ثلث ما بقي وهو درهم يبقى درهمان فاضلان على الوصيتين فضمهما إلى ثلثي المال وذلك ديناران وستة دراهم فيصير كله دينارين وثمانية دراهم يجب أن يكون لكل ابن دينار كما كان لصاحب النصيب فثمانية دراهم تعدل ثلاثة دنانير فيعدل كل دينار درهمين وثلثي درهم فانكسر الدراهم بالأثلاث فيصير كل درهم ثلاثة فيصير درهمان وثلثا درهم ثمانية وذلك يعدل دينارا فظهر أن كل دينار يعدل ثمانية وكل درهم صار ثلاثة وقد جعلت ثلث المال دينارا وثلاثة دراهم فصار الدينار ثمانية وهو النصيب وكل درهم ثلاثة فيكون تسعة فصار ثلث المال سبعة عشر، وجميع المال أحد وخمسون ثم القسمة على ما بينا وتخريجه على طريقة الخطأين وهو أن يجعل ثلث المال عددا لو أعطيت بالنصيب سهما يبقى لنا فيه ثلث صحيح وأقله أربعة فثلث المال أربعة وجميع المال اثنا عشر فأعط لصاحب النصيب سهما وللموصى له الآخر سهما بقي سهمان فضلا عن الوصيتين فترد إلى ثلثي المال فصار عشرة وكان يجب أن يكون أنصباء البنتين خمسة لكل ابن سهم كما كان لصاحب النصيب فوقع الخطأ في القسمة؛ لأن حاجتنا إلى خمسة ومعنا عشرة فظهر الخطأ في خمسة فرد في النصيب سهما فصار الثلث خمسة فأعط بالنصيب سهمين وبالوصية بثلث ما بقي سهمين يردان إلى ثلثي المال وذلك عشرة فيصير اثني عشر يجب أن يكون لكلِّ ابن سهمان مثل النصيب فوقع الخطأ بزيادة سهمين فالخطأ الأول وقع بزيادة خمسة فظهر أن زيادة كل سهم في النصيب يذهب بثلاثة أسهم من الخطإ فرد في النصيب ثلثي سهم أيضًا ليذهب بجميع الخطإ فصار النصيب سهمين وثلثي سهم فانكسر بالأثلاث فصار كل سهم ثلاثة فصار النصيب ثمانية والباقي تسعة وصار تسعة عشر فهو الثلث، وجميع المال أحدٌ وخمسون وتخريجه على طريقة الجامع الأصغر، وهي مبنية على طريقة الخطأين وهو أن تأخذ الثلث الأول وذلك أربعة فاضربه في الخطإ الثاني وذلك سهمان فيصير ثمانية وخذ الثلث الثاني وذلك خمسة فاضربه في الخطإ الأول وذلك خمسة فيكون خمسة وعشرين ثم اطرح أقلهما وهو ثمانية من أكثرهما وهو خمسة وعشرون يبقى سبعة عشر هذا وثلث المال وخذ النصيب

الأول وهو سهم فاضربه في الخطإ الثاني وذلك سهمان وخذ النصيب الثاني فاضربه في الخطإ الأول وذلك خمسة فيكون عشرة ثم اطرح أقلهما عن أكثرهما وهو سهمان من عشرة فيبقى ثمانية فيظهر أن النصيب ثمانية وثلث المال سبعة عشر وما بقي من الثلث بعد النصيب تسعة تسعة وثلاثة ثلاثة ثلاثة وجميع المال أحد وخمسون وتخريجه على طريقة الجامع الأكبر وهو أن يضعف الثلث الأول في الخطأين الأسهم النصيب وذلك ثلاثة فيصير ستة فيصير الثلث سبعة مع سهم النصيب فأعط بالنصيب سهما يبقى ستة فأعط بالوصية الآخر ثلث ما بقي وذلك سهمان يبقى أربعة فضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فيصير ثمانية عشر فهو للبنتين ويجب لهم خمسة فظهر الخطأ بثلاثة عشر والخطأ الأول خمسة فاضرب الثلث الأول وذلك أربعة في الخطإ الثاني وذلك ثلاثة عشر فيصير اثنين وخمسين فاضرب الثلث الثاني وذلك سبعة في الخطإ الأول وذلك خمسة فيصير خمسة وثلاثين ثم اطرح أقلهما عن أكثرهما يبقى سبعة عشر وهذا ثلث المال وخذ النصيب الأول وذلك سهم فاضربه في الخطإ الثاني وذلك ثلاثة عشر فيكون ثلاثة عشر وخذ النصيب الثاني وذلك سهم فاضربه في الخطإ الأول وذلك خمسة ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى ثمانية فهي النصيب. حكى أستاذي الشيخ الإمام الأجل حسام الدين عمر عن والده برهان الدين عبد العزيز بن المازة رحمهما الله أن طريقة الخطأين عرفت بالوحي، ولو كان ثلث ما بقي ربع ما بقي فالفريضة من تسعة وستين والنصيب أحد عشر وربع ما بقي ثلاثة وتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ عدد البنين ويزيد عليها سهما فيصير ستة ثم اضرب ستة في مخرج الربع وذلك أربعة فيصير أربعة وعشرين ثم اطرح السهم الزائد فيبقى ثلاثة وعشرون فهذا ثلث المال وجميع المال تسعة وستون وإذا أردت معرفة النصيب فخذ للنصيب سهما واضربه في ثلاثة فيكون ثلاثة ثم اضربها في مخرج الربع وذلك أربعة فيصير اثني عشر فأعط بالوصية بربع ما بقي من الثلث وذلك ثلاثة بقي من الثلث تسعة فاضلة عن سهام الوصايا تضم إلى ثلثي المال وذلك ستة وأربعون فيصير خمسة وخمسين بين البنين لكل ابن أحد عشر مثل ما كان لصاحب النصيب، ولو قال

بخمس ما بقي فالفريضة من سبعة وثمانين والنصيب أربعة عشر وللموصى له الآخر ثلاثة وتخريجه على نحو ما ذكرنا على الطرق جميعًا.

(**الفصل الثاني**): وإذا ترك بنتين وأُمًّا وامرأة وعصبة وأوصى بمثل نصيب إحدى البنتين وبثلث ما بقي لآخر فالفريضة من ثلاثة وثلاثين والثلث أحد عشر والنصيب ثمانية وتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ ثلاثة أسهم للبنتين الثلثان سهمان وللأم السدس نصف سهم وللمرأة الثمن وذلك ثلث سهم وربع سدس يبقى ثلاثة أرباع سدس سهم فهي للعصبة ثم يزيد على الفريضة مثل نصيب إحدى البنتين وذلك سهم فصار أربعة ثم يضربه في ثلاثة لأجل الوصية بثلث ما بقي فيصير اثني عشر ثم يطرح السهم الزائد فيبقى أحد عشر فهو ثلث المال والثلثان اثنان وعشرون والجميع ثلاثة وثلاثون وإن شئت ضربت الثلث في ثلاثة فيصير ثلاثة وثلاثين، وأما معرفة النصيب فَخُذ النصيب وذلك سهم واضربه في ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في ثلاثة فيصير تسعة ثم اطرح سهما فيبقى ثمانية فهي النصيب فأعط لصاحب النصيب ثمانية ويبقى إلى تمام الثلث ثلاثة فأعط منها سهما لصاحب الثلث يبقى سهمان ضمهما إلى ثلثي المال وذلك اثنان وعشرون فصار أربعة وعشرين تقسم بين الورثة للبنتين الثلثان ستة عشر كل واحدة ثمانية وللأم السدس أربعة وللمرأة الثمن ثلاثة بقي سهم يكون للعصبة، ولو قال إلا ثلث ما بقي فالثلث مائتان وثمانية والنصيب مائة وستون وتخريجه على طريقة الحشو أن يجعل الفريضة بين الورثة من ثمانية وأربعين للبنتين من الثلثين اثنين وثلاثين وللأم السدس ثمانية وللمرأة الثمن ستة وما بقي فللعصبة ثم زِد على الفريضة مثل نصيب إحدى البنتين وذلك ستة عشر فصار كله أربعة وستين ثم اضربه في ثلاثة لأجل صاحب الثلث فصار مائة واثنين وتسعين ثم زِد عليه إن كان الاستثناء مثل نصيب إحدى البنتين مرة أخرى وذلك ستة عشر فصار مائتين وثمانية هذا هو ثلث المال والكل ستمائة وأربعة وعشرون وهذا تخريج محمد قال مشايخنا: تخرج المسألة على نصف ذلك وهو أن يجعل أصل الفريضة من أربعة وعشرين ثم اضربه في ثلاثة فيصير اثنين وسبعين ثم زد عليهما مثل نصيب إحداهما ثمانية فيصير اثنين وثلاثين ثم اضربه في ثلاثة فيصير ستة وتسعين ثم زد عليها لمكان الاستثناء نصيب إحدى البنتين مرة

أخرى ثمانية فيصير مائة وأربعة فهذا ثلث المال والكل ثلاثمائة واثنا عشر ومعرفة النصيب أن يأخذ النصيب وذلك ثمانية واضربه في ثلاثة فيصير أربعة وعشرين ثم اضربه في ثلاثة فيصير اثنين وسبعين ثم زد عليه مثل نصيب إحداهما ثمانية فيصير ثمانين وهذا هو النصيب الكامل إلا أنه استثنى من النصيب الكامل ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب وثلث الباقي ثمانية؛ لأن الباقي بعد النصيب أربعة وعشرون فاسترجع منه ثمانية وضم إلى ما بقي من الثلث وذلك أربعة وعشرون فيصير اثنين وثلاثين وهو فاضل عن سهام الوصايا فضم إلى ثلثي المال وذلك مائتان وثمانية فيصير مائتين وأربعين يقسم بين الورثة للبنتين الثلثان وذلك مائة وستون لكل واحدة ثمانون مثل نصيب صاحب النصيب قبل الاسترجاع وللأم السدس وذلك أربعون وللمرأة الثمن وذلك ثلاثون والباقي للعصبة.

ولو قال: مثل نصيب المرأة وثلث ما بقي لآخر فالثلث ثمانية وسبعون والنصيب أربعة وعشرون وتخريجه على طريقة الحشو، وهو أن يجعل أصل الفريضة من أربعة وعشرين ثم يضربه في ثلاثة فيصير أحدًا وثمانين ثم اطرح ما زدت عليه وذلك ثلاثة فيبقى ثمانية وسبعون فهذا ثلث المال والثلثان مائة وستة وخمسون والجميع مائتان وأربعة وثلاثون.

وأما معرفة النصيب فخذ نصيب المرأة وذلك ثلاثة فاضربه في ثلاثة فيصير تسعة ثم اضربها في ثلاثة فتصير سبعة وعشرين ثم اطرح منه ما زدت عليه وذلك ثلاثة يبقى أربعة وعشرون فهو النصيب فأعطه لصاحب النصيب يبقى من الثلث أربعة وخمسون فأعط للموصى له الآخر ثلث الباقي وذلك ثمانية عشر ثم ضم الباقي وذلك ستة وثلاثون إلى ثلثي المال فيصير مائة واثنين وتسعين فيقسم بين الورثة للبنتين الثلثان مائة وأربعة عشر وللأم السدس اثنان وثلاثون وللمرأة الثمن أربعة وعشرون مثل النصيب والباقي للعصبة.

(باب الوصية بالنصيبين)

(المبسوط): مات وترك خمسة بنين وأوصى لرجل بمثل نصيبي أحدهم وبثلثي

ما يبقى من الثلث فالثلث سبعة عشر والنصيبان أربعة عشر والباقي بعد النصيبين من الثلث ثلاثة يعطى بثلثي ما بقي سهمان من ذلك يبقى سهم يرد إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فيصير خمسة وثلاثين وتخريجه على طريقة الحشو واليتم الكبير أن يأخذ عدد البنين خمسة ويزيد عليها بالنصيبين سهمين؛ لأن الموصى له بالنصيبين بمنزلة الابنين فكان البنون سبعة فتصير الفريضة من سبعة ثم اضربه في ثلاثة لأجل الثلث فيصير أحدًا وعشرين ثم اطرح منه أربعة سهمين بالوصية بالنصيبين وسهمين بثلثي ما بقي من الثلث لتخرج المسألة فيبقى سبعة عشر وهو الثلث ومعرفة النصيب أن يأخذ النصيبين وذلك سهمان ويضربهما في ثلاثة فيصير ستة؛ لأن الوصية تنفذ من الثلث ثم اضربه في ثلاثة لأجل ما يبقى من الثلث فيصير ثمانية عشر ثم اطرح منه أربعة مثل ما طرحت من أصل الفريضة يبقى أربعة عشر فهو النصيبان يبقى إلى تمام الثلث ثلاثة فأعط لثلثي ما يبقى من الثلث سهمين يبقى سهم فاضل عن الوصايا يرد إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فيصير خمسة وثلاثين بين البنين الخمسة مستقيمة لكل ابن سبعة وهو نصف النصيبين وتخريجه على طريق الجبر والمقابلة أن يأخذ مالًا له ثلث ولثلثه ثلاثين وأقل ذلك تسعة فاعزل منه الثلث وذلك ثلاثة فأعط بالنصيبين من ذلك نصيبين مجهولين يبقى ثلثه إلا نصيبين فأعط بثلثي ما يبقى من الثلث سهمين إلا نصيبًا وثلثي نصيب؛ لأن المستثنى من الثلث كان نصيبين فتكون حصة كل سهم من ثلاثة، المستثنى ثلثي نصيب فحصته سهمان من المستثنى يكون نصيبا وثلث نصيب يبقى واحد إلا ثلثا نصيب فاضلا عن الوصايا يرد إلى ثلثي المال وذلك ستة فيصير سبعة إلا ثلثي نصيب أو ستة وثلث نصيب وذلك يعدل خمسة أنصباء لأنا أعطينا بالنصيبين سهمين فيجب أن يكون لكل ابن نصفه وذلك سهم وثلث فيكون لهم خمسة فعلمنا أن ستة وثلث نصيب يعدل خمسة أنصباء ثم اجبر المال وزده فصار سبعة تعدل خمسة أنصباء وثلثي نصيب ومتى جبرنا سبعة بثلثي نصيب فزده في مقابلته مثل ذلك ثلثي نصيب حتى يتحقق الجبر والمقابلة فصارت الأنصباء خمسة أنصباء وثلثي نصيب ثم أكمل المال ووجه الإكمال أنه وقع الكسر بالأثلاث فاضرب

خمسة وثلاثين في مخرج الكسر وذلك ثلثه فيصير سبعة عشر وهذا هو الثلث فيظهر الثلثان والجميع ضرورة ثم اضرب ما يقابله وذلك سبعة في نصيبين وذلك سهمان أو فأضعفه فيصير أربعة عشر فهو النصيب فأعطه بالنصيبين أربعة عشر يبقى من الثلث ثلاثة فأعطه بثلثي ما يبقى سهمين يبقى سهم فاضل عن الوصايا فضمه إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فيصير خمسة وثلاثين مستقيم بين خمسة لكل ابن سبعة وتخريجه على طريق الدينار والدرهم وهو أن يجعل ثلث المال دينارين وثلاثة دراهم حتى إذا أعطيت بالنصيبين دينارين يبقى ما يخرج منه الثلثان وذلك ثلاثة دراهم فأعط بالنصيبين دينارين يبقى ثلاثة دراهم فأعط بثلثي ما يبقى درهمين يبقى درهم فاضل عن الوصايا يرد إلى ثلثي المال وذلك أربعة دنانير وستة دراهم فيصير أربعة دنانير وسبعة دراهم تعدل خمسة دنانير لأنا أعطينا بالنصيبين دينارين يجب أن يكون لكل ابن نصف ذلك وهم خمسة فأربعة بأربعة قصاص يبقى سبعة دراهم فاجعل أجزاء الدينار أجزاء الدراهم وذلك سبعة فصار قيمته كل دينار سبعة ثم عد إلى الأصل وفي الأصل ثلث المال دينارين وثلاثة دراهم ديناران أربعة عشر قيمة كل دينار سبعة وثلاثة دراهم، فإن قيمة كل درهم مثله فصار سبعة عشر وهو الثلث فأعط بالنصيبين أربعة عشر يبقى من الثلث ثلاثة دراهم فأعط بثلثي ما بقي من الثلث درهمين يبقى درهم فاضل يرد إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثين فيصير خمسة وثلاثين يقسم بين البنين خمسة لكل ابن سبعة وتخريجه على طريق الخطأين، وهو أن يجعل ثلث المال سهاما لو أعطيت بالنصيبين سهمين يبقى بعده ما يخرج منه الثلثان وذلك خمسة فأعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فأعط بثلثي ما يبقى سهمين يبقى سهم يرد إلى ثلثي المال وذلك عشرة فيصير أحد عشر وحاجتنا إلى خمسة حتى يكون لكل ابن سهم فوقع الخطأ في زيادة ستة فزد على ثلث المال سهمين لعل يزول الخطأ فصار سبعة فأعط بالنصيبين أربعة يبقى ثلاثة فأعط بثلث ما بقي سهمين بقي سهم فرد إلى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فيصير خمسة عشر وحاجتنا إلى عشرة لأنا أعطينا بالنصيبين أربعة فيجب أن يكون لكل ابن سهمان وهم خمسة فيكون لهم عشرة فوقع الخطأ الثاني في زيادة خمسة والخطأ الأول في

ستة فعلمنا أن كل سهمين تزاد على الثلث يذهب بسهم من الخطإ فيزاد اثنا عشر على الثلث الأول وهو خمسة حتى يزول الخطأ كله فصار سبعة عشر فهو الثلث ثم باقي العبارة إلى آخرها وتخريجه على طريق (**الجامع الصغير**) وهو أن يأخذ الثلث الأول وهو خمسة وتضربه في الخطإ الثاني وذلك خمسة فيصير خمسة وعشرين ويأخذ الثلث الثاني سبعة وتضربه في الخطإ الأول وذلك ستة فيصير اثنين وأربعين ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى سبعة عشر وهو الثلث ومعرفة النصيب أن تأخذ النصيب الأول وذلك سهمان تضربه في الخطإ الثاني وذلك خمسة فيصير عشرة ثم تضرب النصيب الثاني وذلك أربعة في الخطإ الأول وذلك ستة فيصير أربعة وعشرين ثم اطرح الأقل من الأكثر فبقي أربعة عشر فهو النصيب، وأما الجامع الأكبر وهو أن تضعف الثلث الأول إلا النصيبين وذلك ثلاثة فصار ستة ثم زد عليه النصيبين فصار ثمانية وهذا هو الثلث فأعط بالنصيبين سهمين يبقى ستة فأعط بثلثي ما يبقى أربعة يبقى سهمان ترد إلى ثلثي المال وذلك ستة عشر فيصير ثمانية عشر وحاجتنا إلى خمسة لأنا أعطينا بالنصيبين سهمين فيجب أن يكون لكل ابن سهم فالخطأ الثاني في الجامع الأكبر بزيادة ثلاثة عشر والخطأ الأول في الخطأين وذلك خمسة فاضربه في الخطإ الثاني وذلك ثلاثة عشر فيصير خمسة وستين وخذ الثلث الثاني في الجامع الأكبر وذلك ثمانية فاضربه في الخطإ الأول وذلك ستة فيصير ثمانية وأربعين ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى سبعة عشر فهو الثلث ومعرفة النصيب خذ ما جمع بين الخطأين أحدهما ستة والآخر ثلاثة عشر فاطرح الأقل من الأكثر يبقى سبعة وهو النصيب، ولو أوصي بثلث ما يبقى والمسألة بحالها فالفريضة من سبعة وخمسين والثلث تسعة عشر والنصيبان ستة عشر وثلث ما يبقى واحد وتخريجه على طريقة الحشو أن تأخذ عدد البنين خمسة ثم زد عليه النصيبين وذلك سهمان فيصير سبعة ثم اضربه في ثلاثة للوصية بثلث ما يبقى فصار أحدًا وعشرين ثم اطرح منه النصيبين وذلك سهمان يبقى تسعة عشر وهو الثلث فقد طرح محمد في هذه المسألة سهمين وفي المسألة المتقدمة أربعة أسهم سهمين بالنصيبين وسهمين بثلثي ما يبقى فعلى قياس ما ذكرته يجب أن تطرح هنا أربعة ومعرفة

النصيب أن تأخذ النصيبين وذلك سهمان وتضربه في ثلاثة فيصير ستة ثم يضرب ستة في ثلاثة فيصير ثمانية عشر ثم اطرح منه سهمين يبقى ستة عشر وهو النصيب وبقي إلى تمام ثلث المال ثلاثة فأعطِ به ثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان تزد إلى ثلثي المال وذلك ثمانية وثلاثين فيصير أربعين يقسم بين البنين الخمسة لكل ابن ثمانية وقد أمكن تخريج المسألة من أحد وخمسين والثلث سبعة عشر وتخريجه على طريق الجبر والمقابلة أن يأخذ مالًا له ثلث ولثلثه ثلث وأقله تسعة فاعزل منه الثلث وذلك ثلاثة ثم أعط بثلث ما يبقى ثلث الثلث وذلك سهم إلا ثلثي نصيب؛ لأن النصيب وذلك سهمان كان مستثنى من الثلاثة فيكون حصة كل سهم من الثلث ثلثي نصيب يبقى من الثلث نصيب وثلث نصيب فضلًا عن الوصيتين فترد إلى ثلثي المال وذلك ستة فتصير ستة وثلثي نصيب تعدل خمسة أنصباء لأنا أعطينا بالنصيبين سهمين فيجب أن يكون لكل ابن نصف ذلك وهو سهم فيكون خمسة فأجبر المال فصار ثمانية تعدل خمسة أنصباء وثلثي نصيب لأنا زدنا على ستة وثلثي نصيبا وثلث نصيب حتى يتحقق الجبر والمقابلة فيصير ستة أنصباء وثلث نصيب ثم أكمل ذلك ووجه الإكمال أنه وقع الكسر بالثلث فاضرب ستة وثلث في ثلثه فيصير تسعة عشر فهو الثلث ثم اضرب ما يقابله وهو ثمانية في نصيبين وذلك سهمان أو ضعفه فيصير ستة عشر يبقى إلى تمام الثلث ثلاثة فأعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان ترد إلى ثلثي المال وذلك ثمانية وثلثين فيصير أربعين يستقيم من البنين لكل ابن ثمانية وتخريجه على طريق الدينار والدرهم وهو أن يجعل المال دينارين وثلثه دراهم فأعط بالنصيبين دينارين يبقى ثلاثة دراهم فأعط بثلث ما يبقى ثلث ذلك درهم يبقى درهمان تردّ إلى ثلثي المال وذلك أربعة دنانير وستة دراهم فصار اثني عشر يعدل خمسة دنانير لأنا أعطينا بالنصيبين دينارين فيجب أن يكون لكل ابن نصف ذلك وهو دينار وهم خمسة فأربعة بأربعة قصاص يبقى ثمانية دراهم ودينار فاجعل أجزاء الدينار آخر الدراهم وأجزاء الدراهم أجزاء الدينار فصار قيمة كل دينار ثمانية دراهم وقيمة كل درهم مثله وقد جعلت بثلث المال دينارين وثلاثة دراهم قيمة كل دينار ثمانية وكان قيمة الدينارين ستة عشر درهما فيضم إلى ثلاثة دراهم فيصير كله

تسعة عشر درهما وهو الثلث والنصيبان ستة عشر وثلث ما يبقى سهم ثم باقي العبارة إلى آخرها وتخريجه على طريق الخطأين وهو أن يجعل ثلث المال خمسة فأعط بالنصيبين سهمين يبقى ثلاثة فأعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان ترد إلى ثلثي المال وذلك عشرة فيصير اثني عشر وحاجتنا إلى خمسة فوقع الخطأ بزيادة سبعة ثم زد على الثلث سهمين فيصير سبعة فأعط بالنصيبين أربعة يبقى ثلاثة فأعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان ترد إلى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فيصير ستة عشر وحاجتنا إلى عشرة فالخطأ الثاني وقع بزيادة ستة والأول في زيادة سبعة فعلمنا أن كل سهمين يزاد في الثلث يذهب سهم من الخطإ والخطأ الأول وقع في سبعة فزد على الثلث الأول أربعة عشر سهما حتى يزول الخطأ كله، فإذا زدنا على خمسة أربعة عشر يصير تسعة فهو ثلث المال ثم باقي العبارة إلى آخرها ثم خرج على طريقة الجامع الأصغر والأكبر على ما ذكرنا.

(باب الوصية بمثل نصيب أحدهم وبثلث أو ربع ما بقي ودرهم لآخر)

(المبسوط): وخرج محمد في مسائل الباب على طريقة الجامعين ولم يخرجها على طريقة الحشو. رجل ترك ثلاث بنين فأوصى بمثل نصيب أحدهم ودرهم وثلث وربع ما بقي من الثلث ودرهم فتخريجه على طريقة الجامعين وهو أن يجعل المال سهمًا ما لو أعطيت بالنصيب سهما وبالدرهم الذي أوصى به يبقى معك ما يخرج منه ثلث وربع صحيح وأقل ذلك أربعة عشر فأعط بالنصيب سهما وبالدرهم سهما؛ لأنه متى كان في الوصية درهم يجعل سهم درهما حتى يصير الحساب كله جنسًا واحدًا، فإذا ذهب اثنان من أربعة عشر يبقى اثنا عشر فأعط بثلث ما يبقى وبربعه سبعة تبقى خمسة فأعط بالدرهم الأخير سهما يبقى أربعة فهذه الأربعة فاضلة عن سهام الوصايا فترد إلى ثلثي المال وذلك ثمانية وعشرين فيصير اثنين وثلاثين وحاجتنا إلى ثلاثة أسهم لأنا أعطينا بالنصيب سهما فيجب أن يكون أنصباء البنين ثلاثة فالخطأ الأول وقع في زيادة تسعة وعشرين ثم زد على الثلث سهما آخر

فصار خمسة عشر فأعط بالنصيب سهمين وبالدرهم سهما يبقى اثنا عشر فأعط بثلث ما يبقى وبربعه سبعة يبقى خمسة فأعط بالدرهم الأخير سهما يبقى أربعة فتردّها إلى ثلثي المال فتصير أربعة وثلاثين وحاجتنا إلى ستة لأنا أعطينا بالنصيب سهمين فيجب أن يكون أنصباء البنين ستة فالخطأ الثاني وقع بزيادة ثمانية وعشرين والخطأ الأول في زيادة تسعة وعشرين فاضرب الثلث الأول وذلك أربعة عشر في الخطإ الثاني وذلك ثمانية وعشرين فيصير ثلاثمائة واثنين وتسعين ثم اضرب الثلث الثاني وهو خمسة عشر في الخطإ الأول وهو تسعة وعشرون فيصير أربعمائة وخمسة وثلاثين، ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى من الأكثر ثلاثة وأربعون وهذا هو الثلث ومعرفة النصيب أن تضرب النصيب الأول وذلك سهم في الخطإ الثاني وذلك ثمانية وعشرون فيكون ثمانية وعشرين، ثم اضرب النصيب الثاني وذلك سهمان في الخطإ الأول وذلك تسعة وعشرين فيصير ثمانية وخمسين، ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى ثلاثون فقد ظهر أن النصيب ثلاثون وثلث المال ثلاثة وأربعون فأعط بالنصيب من الثلث ثلاثين يبقى ثلاثة عشر فأعط بالدرهم سهما يبقى اثنا عشر فأعط بثلث ما يبقى وربعه سبعة يبقى خمسة فأعط بالدرهم الأخير سهما يبقى أربعة فرد هذه الأربعة إلى ثلثي المال وذلك ستة وثمانون؛ لأن الثلث كان ثلاثة وأربعين فيصير تسعين لكل ابن ثلاثون مثل ما أعطيت بالنصيب وتخريجها على طريقة الحشو أن تأخذ عدد البنين ثلاثة ثم تزيد عليه واحدا بالنصيب ثم تزيد عليه سهما آخر للوصية بالدرهم فصار خمسة ثم تضربها في مخرج الثلث والربع لأجل الوصية بثلث ما يبقى من الثلث وربعه وذلك اثنا عشر فيصير ستين ثم اطرح منه سبعة عشر يبقى ثلاثة وأربعون فهو الثلث وهذا بخلاف ما تقدم من المسائل على طريقة الحشو، فإنه طرح منه قدر ما زاد على عدد الورثة لا غير وهنا يطرح أكثر من ذلك وذلك سبعة عشر؛ لأن هنا لا تخرج المسألة إلا بطرح الأكثر ومعرفة النصيب وذلك واحد وتضربه في ثلاثة فصار ثلاثة ثم اضرب ثلاثة في مخرج الثلث والربع وذلك اثنا عشر فيصير ستة وثلاثين فاطرح من ذلك ستة حتى تخرج المسألة فيبقى ثلاثون فهو النصيب فأعط بالنصيب ثلاثين يبقى إلى تمام الثلث ثلاثة عشر فأعط

بالدرهم سهما يبقى اثنا عشر فأعط بثلث ما يبقى وربعه سبعة يبقى خمسة فأعط بالدرهم الأخير سهما يبقى أربعة فرد إلى ثلثي المال وذلك ستة وثمانون فيصير تسعين فاستقام الثلث والثلثان، ولو ترك ثلاثة بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم ودرهم وثلث ما يبقى من الثلث ودرهم فتخريجه على طريقة الجامع إن أقل حساب تخرج منه هذه السهام خمسة فأعط بالنصيب سهما وبالدرهم سهما يبقى ثلاثة فأعط بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان فأعط بالدرهم الأخير سهما بقي سهم فاضلا عن سهام الوصايا فرد إلى ثلثي المال وذلك عشرة فصار أحد عشر وحاجتنا إلى ثلاثة فالخطأ الأول وقع في زيادة ثمانية ثم زد على الثلث سهما آخر فصار ستة فأعط بالنصيب سهمين وبالدرهم سهما بقي ثلثه فأعط بثلث ما يبقى سهما وبالدرهم الأخير سهما يبقى سهم واحد فضمه إلى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فصار ثلاثة عشر وحاجتنا إلى ستة لأنا أعطينا بالنصيب سهمين فيجب أن يكون لكل ابن مثل ذلك سهمان فالخطأ الثاني وقع بزيادة سبعة والأول بزيادة ثمانية ثم اضرب الثلث الأول وهو خمسة في الخطإ الثاني وهو سبعة فيصير خمسة وثلاثين ثم اضرب الثلث الثاني وذلك ستة في الخطإ الأول وهو ثمانية فيصير ثمانية وأربعين ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى ثلاثة عشر وهو الثلث ومعرفة النصيب أن يأخذ النصيب الأول وذلك سهم واضربه في الخطإ الثاني وهو سبعة فيصير سبعة ثم اضرب النصيب الثاني وذلك سهمان في الخطإ الأول وهو ثمانية فيصير ستة عشر ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى تسعة وهو النصيب فأعط بالنصيب بثلث ما يبقى سهما يبقى سهمان فأعط بالدرهم الأخير سهما بقي سهم فضمه إلى ثلثي المال وذلك ستة وعشرون فيصير سبعة وعشرين لكل ابن تسعة مثل ما أعطيت بالنصيب وتخريجه على طريقة الحشو وهو أن يأخذ عدد البنين ثلاثة ثم يزيد عليها مثل النصيب واحدا ويزيد عليه سهما للوصية بالدرهم فيصير خمسة ثم تضربه في ثلاثة لأجل الوصية بثلث ما بقي فيصير خمسة عشر فاطرح سهمين للوصية بالنصيب والدرهم يبقى ثلاثة عشر فيصير تسعة وهو النصيب فأعط بالنصيب تسعة من الثلث يبقى أربعة فأعط بالدرهم سهما بقي ثلاثة فأعط بثلث ما يبقى سهما بقي

سهمان فأعط بالدرهم الأخير سهما بقي سهم واحد فضمه إلى ثلثي المال وذلك ستة وعشرين فيصير سبعة وعشرين لكل ابن تسعة مثل النصيب.

ترك ثلاثة بنين وامرأة وأوصى لرجل بمثل نصيب المرأة وبثلث ما يبقى مثل الثلث بعد النصيب وبالدرهم فتخريجه على طريقة الحشو أن تأخذ أصل الفريضة وهي ثمانية وتزيد عليه سهمًا للنصيب وسهما آخر للوصية بالدرهم فصار تسعة ثم اضربها في ثلاثة فصار سبعة وعشرين ثم اطرح منه سبعة عشر يبقى عشرة فهي الثلث ومعرفة النصيب أن تأخذ سهما فاضربه في ثلاثة فصار ثلاثة في ثلاثة صار تسعة ثم اطرح منها ستة يبقى ثلاثة فهي النصيب فأعط بالنصيب ثلاثة من الثلث وبينهما للدرهم يبقى ستة فأعط بثلث ما يبقى سهمين يبقى أربعة ضمها إلى ثلثي المال وذلك عشرون فصار أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة مثل النصيب ولكل ابن سبعة.

رجل مات وترك ثلاثة بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم وأوصى لآخر بربع ماله فتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ عدد البنين ثلاثة ثم يزيد عليه النصيب وهو واحد فصار أربعة ثم يزيد عليه لأجل الوصية بالربع ثلث الأربعة وذلك سهم وثلث لأنا متى زدنا عليه الربع يصير المال خمسة فيحصل لصاحب الربع خمس المال وقد أوصى له بالربع من جميع المال لا بخمسه فيزاد عليه ثلث الأربعة وذلك سهم وثلث وسهم وثلث من خمسة وثلث يكون ربع جميع المال وقد انكسر بالثلث فاضربه في ثلثه فصار ستة عشر فلصاحب الربع ربعه أربعة يبقى اثنا عشر بين الموصى له بالنصيب وبين البنين أرباعا لكل واحد ثلاثة، وإن أوصى بمثل نصيب أحدهم وبخمس المال لآخر فالوجه فيه أن يزيد على الأربعة لأجل الوصية بالخمس مثل الربع وذلك سهم فيصير خمسة أسهم لصاحب الخمس وأربعة بين الموصى له بالنصيب وبين البنين أرباعا.

ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم وبسدس المال لآخر فالوجه فيه أن يزيد على أربعة لأجل الوصية بالسدس خمسة وذلك أربعة أخماس سهم فصار كله أربعة وأربعة أخماس سهم فانكسر بالأخماس فاضربه في خمسة فيصير أربعة وعشرين؛

لأن أربعة في خمسة عشرون وأربعة أخماس في خمسة تكون عشرين خمسًا وذلك أربعة أسهم فلصاحب السدس أربعة يبقى عشرون يستقيم بين أربعة.

(باب الوصية بمثل نصيب الابن إلا ثلث ما يبقى من الثلث)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: أن يقول إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب.

والثاني: أن يقول إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية.

والثالث: أن يقول إلا ثلث ما يبقى من الثلث مطلقًا.

(الفصل الأول)

ترك ثلاثة بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهم إلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب فالفريضة من تسعة وثلاثين والثلث ثلاثة عشر والنصيب بعد الاستثناء تسعة فتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ عدد البنين وهم ثلاثة ثم يزيد عليها سهما للنصيب فتصير أربعة ثم اضربها في ثلاثة؛ لأن المستثنى ثلاثة فتصير اثني عشر ثم زد عليها واحدا وهو النصيب فتصير ثلاثة عشر وهذا ثلث المال والثلثان ستة وعشرين ومعرفة النصيب أن تأخذ واحدًا ثم تضربه في مخرج الثلث فيصير ثلاثة ثم تضرب ثلاثة في ثلاثة لمكان الثلث فصار تسعة ثم تزيد عليه واحدا كما زدنا في الثلث فصار عشرة فهي النصيب فأعط لصاحب النصيب عشرة من الثلث وهو ثلاثة عشر بقي من الثلث بعد النصيب ثلاثة ثم استرجع من النصيب بسبب الاستثناء ثلث ما يبقى من الثلث وذلك واحد يضمه إلى ما بقي من الثلث فيصير أربعة وهذه الأربعة فاضلة عن الوصية يضمها إلى ثلثي المال فبلغ ثلاثين لكل ابن عشرة مثل النصيب قبل الاستثناء وحصل للموصى له بعد الاستثناء تسعة وتخريجه على طريق الجبر والمقابلة أن تأخذ مالًا له ثلث وأقله ثلثه فيعزل منها ثلثا مجهولا وتعطي بالوصية بالنصيب من الثلث شيئًا مجهولا بقي معك ثلاثة إلا شيء ثم استرجع من النصيب ثلث الثلاثة إلا ثلث شيء وذلك تسع الكل إلا ثلث نصيب؛ لأن المستثنى من

النصيب ثلث ما يبقى من الثلث فصار الكل أربعة أتساع إلا شيء وثلث شيء وهذا فاضل عن الوصية فضمه إلى ثلثي المال وذلك ستة أتساع فصارت عشرة أتساع إلا نصيب وثلث نصيب وهي تعدل ثلاثة أتساع وهي أنصباء الورثة لأنا أعطينا بالنصيب شيئًا فيجب أن تكون أنصباء البنين ثلاثة أشياء إلا أن هذا مال ناقص فاجبره بشيء وثلث شيء فصار عشرة أتساع المال وذلك مال كامل وتسع مال ثم زد على ما يقابله مثله وهو شيء وثلث شيء فصار أربعة أشياء وثلث شيء والمال زائد على أصل الفريضة؛ لأن المال كامل تسعة أسهم فاطرح الزيادة وهي عشر الكل فيجب أن تطرح مما يقابله عشر وليس لأربعة وثلث شيء عشر صحيح فاضرب أربعة أشياء وثلث شيء في عشرة فصار ذلك ثلاثة وأربعين وثلث فاطرح من ذلك عشرة وذلك أربعة وثلث يبقى تسعة وثلاثين سهما فتبين أن المال الكامل يعدل تسعة وثلاثين سهما والثلث منه ثلاثة عشر هذا لمعرفة أصل المال.

وأما معرفة النصيب أنا أعطينا بالنصيب شيئًا وضربنا كل شيء في عشرة فتبين أن النصيب الكامل عشرة يبقى إلى تمام الثلث ثلاثة ثم استرجع من النصيب سهما فيضمه إلى ما بقي من الثلث بعد النصيب فيصير أربعة فهي فاضلة عن الوصية فيردها إلى ثلثي المال وذلك ستة وعشرون فيصير ثلاثين لكل ابن عشرة وحصل للموصى له بالنصيب تسعة فيكون كله تسعة وثلاثين وتخريجه على طريقة الدينار والدرهم أن تجعل ثلث المال دينارا وثلاثة دراهم فأعط بالنصيب دينارا بقي ثلاثة دراهم ثم استرجع من الدينار بالاستثناء مثل ثلث ما بقي وذلك درهم وضمه إلى ما بقي فصار أربعة فهي فاضلة عن الوصية فضمها إلى ثلثي المال وذلك ديناران وستة درهم فصار دينارين وعشرة دراهم وحاجتنا إلى ثلاثة دنانير لأنا أعطينا بالنصيب الكامل دينارا فاجعل الدينارين بالدينارين قصاصًا يبقى عشرة دراهم وكنت جعلت في الأصل ثلث المال دينارا وثلاثة دراهم قيمة الدينار عشرة دراهم فكان الثلث ثلاثة عشر درهما أعطيت بالنصيب دينارا وذلك عشرة واسترجعت بالاستثناء درهما يبقى إلى تمام الثلث ثلاثة واسترجعت من النصيب درهما فصار أربعة فاضلة عن الوصية يضمها إلى ثلثي المال وذلك ستة وعشرين فيصير ثلاثين لكل ابن عشرة وللموصى

له تسعة وتخريجه على طريقة الخطأين وهو أن يجعل ثلث المال عددا لو أعطيت بالنصيب شيئًا ثم استرجعت من النصيب ثلث ما بقي بعد النصيب يبقى في يد الموصى شيء وأقل ذلك خمسة فأعط بالنصيب سهمين ثم استرجع منه سهما لأجل الاستثناء فضمه إلى ما بقي من الثلث بعد النصيب فصار أربعة فهي فاضلة عن الوصية فضمه إلى ثلثي المال وذلك عشرة فصار أربعة عشر وحاجتنا إلى ستة لأنا أعطينا بالنصيب سهمين فظهر أن الخطأ وقع بزيادة ثمانية فالسبيل في ذلك أن تزيد على النصيب سهمين حتى إذا أعطينا بالنصيب أربعة يبقى بعده ماله ثلث للاستثناء فاجعل الثلث سبعة فأعط بالنصيب أربعة يبقى ثلثه ثم استرجع من النصيب سهما فصار معك أربعة فضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فصار ثمانية عشر وحاجتنا إلى اثني عشر لأنا أعطينا بالنصيب أربعة فيجب أن يكون لكل ابن مثل ذلك أربعة فالخطأ الثاني بزيادة ستة والخطأ الأول بزيادة ثمانية فيظهر لك أن كل سهم يزيد على الثلث يذهب بسهم من الخطإ فرد ثمانية على الثلث الأول وهو خمسة فصار ثلاثة عشر فهو الثلث فأعط بالنصيب عشرة يبقى ثلثه ثم استرجع من النصيب سهما فصار أربعة فضمها إلى ثلثي المال وذلك ستة وعشرين فيصير ثلاثين لكل ابن عشرة وتخريجه على طريق الجامع الأصغر أن يأخذ الثلث الأول وذلك خمسة فاضربه في الخطإ الثاني وذلك ستة فيصير ثلاثين ثم خذ الثلث الثاني وذلك سبعة فاضربه في الخطإ الأول وذلك ثمانية فيصير ستة وخمسين ثم اطرح الأقل من الأكثر يبقى ستة وعشرون فهو ثلثا المال وثلثه ثلاثة عشر ومعرفة النصيب خذ النصيب الأول بعد الاستثناء وذلك سهم واضربه في الخطإ الثاني وذلك ستة فيصير ستة ثم خذ النصيب الثاني وذلك سهمان واضربهما في الخطإ الأول وذلك ثمانية فتصير ستة عشر ثم اطرح الأقل من الأكثر بقي عشرة فهو النصيب ثم الباقي على نحو ما ذكرنا وتخريجه على طريقة الجامع الأكبر وهو أن يضعف الثلث الأول سوى النصيب وذلك أربعة فضعفها فصارت ثمانية ثم رد عليه النصيب وذلك سهم فتصير تسعة فهو الثلث الثاني فأعط بالنصيب ثلثه يبقى ستة فثلث ما بقي سهمان ثم استرجع من النصيب سهمان وضمهما إلى ما معك وهو ستة فتصير ثمانية فهي

فاضلة عن الوصية فضمه إلى ثلثي المال وذلك ثمانية عشر فتصير ستة وعشرين وحاجتنا إلى تسعة لأنا أعطينا بالنصيب ثلاثة فيجب أن يكون لكل ابن ثلاثة فجاء الخطأ بزيادة سبعة عشر في طريقة الجامع الأكبر والخطأ الأول في طريقة الخطأين كان في زيادة ثمانية فخذ الثلث في طريقة الخطأين وذلك خمسة واضربه في الخطإ الثاني وذلك ثمانية فصار خمسة وثمانين ثم خذ الثلث الثاني وذلك تسعة فاضربها في الخطإ الأول وذلك ثمانية فتصير اثنين وسبعين ثم اطرح الأقل من الأكثر فيبقى ثلاثة عشر وهو ثلث المال وأما معرفة النصيب فخذ الخطأ الأول من طريقة الخطأين وذلك ثمانية وخذ الخطأ الثاني من طريقة الجامع الأكبر وذلك سبعة عشر واطرح الأقل من الأكثر فيبقى تسعة فهو النصيب يبقى ثلاثون بين اثنين لكل ابن عشرة.

(**الفصل الثاني**): وهو ما إذا قال إلا بثلث ما يبقى من الثلث بعد الوصية فأصل الفريضة ما ذكر في الفصل الأول ولكن في تخريجه ضرب تفاوت وتخريجه على طريقة الحشو أن تأخذ عدد البنين ثلاثة وتزيد عليه واحدا ثم تضربه في مخرج النصف سهمان وإنما ضربنا هذا في سهمين والأول في ثلاثة؛ لأن عرض الموصي أن يكون المستثنى بعد الوصية الحالة ثلث ما بقي وأن يكون ذلك الأوان يكون قبل الاسترجاع مثل ثلثه حتى إذا استرجعت منه شيئًا يكون المسترجع ربعه فإذا ضربنا أربعة في سهمين بلغ ثمانية ثم يزيد واحدا فصار تسعة وهذا ثلث المال والثلثان ثمانية عشر ومعرفة النصيب أن تأخذ النصيب وذلك واحد وتضربه في ثلاثة فيصير ثلاثة ثم تضربها في مخرج النصيب فيصير ستة ثم تزيد عليه سهما فبلغ سبعة فهو النصيب فأعط لصاحب النصيب سبعة بقي إلى تمام الثلث سهمان ثم استرجع منه سهما فضمه إلى ذلك فصار ثلاثة ثم ضمها إلى ثلثي المال فصار واحدًا وعشرين لكل ابن سبعة وتخريجه على طريقة الجبر والمقابلة أن يأخذ الثلاثة فيأخذ ثلثا مجهولا ويعطي بالنصيب شيئًا مجهولا بقي معك ثلثه إلا شيء فاسترجع منه مثل نصف ما بقي وهو نصف الثلاثة إلا نصف شيء فصار معك ثلاثة أسداس إلا شيء ونصف شيء فضمه إلى ثلثي المال وهو أربعة؛ لأن حاجتك إلى حساب له ثلث ولثلثه

نصف وأقل ذلك ستة فصار معك سبعة أسداس مال إلا شيء ونصف شيء وذلك مال كامل وسدس مال إلا شيء ونصف شيء يعدل ثلاثة أشياء وهو أنصباء الورثة وهذا مال ناقص فاجبره وجبره يطرح الاستثناء وذلك شيء ونصف شيء فاطرحه فصار معك مال وسدس مال وهو سبعة ثم زد فيما يقابله مثله وذلك شيء ونصف شيء والمال الكامل زائد؛ لأن المال الكامل ستة أسهم فاطرح الزيادة وهو السبع بقي معك ستة ثم اطرح مما يقابله مثله وهو أربعة أشياء ونصف شيء وهو السبع وليس لأربعة ونصف شيء سبع فاضرب ذلك في مخرج السبع وهو سبعة فصار ذلك أحدًا وثلاثين ونصف فاطرح عن ذلك سبعة وهو أربعة ونصف بقي سبعة وعشرين فظهر أن المال الكامل سبعة وعشرون سهما وثلث المال تسعة ومعرفة النصيب أنا أعطينا بالنصيب شيئًا فضربنا كل شيء في سبعة فتبين أن النصيب سبعة ثم التخريج على نحو ما مر وتخريجه على طريقة الدينار والدرهم أن يجعل ثلث المال دينارا ودرهمين لحاجتنا إلى حساب إذا أعطينا منه النصيب يكون لما بقي نصف صحيح وأن يكون كذلك الأوان يكون مع الدينار درهمان فأعط بالنصيب دينارا ثم استرجع مثل نصف ما بقي فصار ثلاثة وذلك درهم فصار ثلاثة ثم ضمها إلى ثلثي المال وذلك ديناران وأربعة دراهم فبلغ سبعة دراهم وديناران وحاجتك إلى ثلاثة دنانير ومعك ديناران وسبعة دراهم فاجعل الدينارين قصاصًا بقي سبعة دراهم تعدل دينارا فاجعل أجزاء الدنانير أجزاء الدراهم فصار كل دينار يعدل سبعة دراهم وأعطيت بالنصيب سبعة واسترجعت منه سهما وضممته إلى ثلثي المال كما في طريقة الحشو وتخريجه على طريقة الخطأين وهو أن يجعل ثلث المال عددا لو أعطيت منه نصيبا واسترجعت منه شيئًا يكون المسترجع مثل نصف ما بقي وهو سهم فصار ثلاثة فضمه إلى ثلثي المال وذلك ثمانية فصار أحد عشر وحاجتك إلى ستة لأنك أعطيت بالنصيب سهمين فظهر لك أن الخطأ وقع بزيادة خمسة فزد على النصيب سهما فأعط بالنصيب ثلثه ثم استرجع منه سهما وضمه إلى ما بقي فصار ثلاثة ثم ضمه إلى ثلثي المال وذلك عشرة فصار ثلاثة عشر وحاجتك إلى تسعة لأنك أعطيت بالنصيب ثلاثة فظهر الخطأ بزيادة أربعة فظهر لك كلما تزيد درهما

يذهب بخطإ درهم فزد في الابتداء على النصيب قدر خطإ الأول وهو خمسة فبلغ سبعة وبقي إلى تمام الثلث بعد النصيب سهمان فاسترجع منه سهما وضمه مع الباقي إلى ثلثي المال فبلغ أحدًا وعشرين لكل ابن سبعة وللموصى له ستة.

(**الفصل الثالث**): وهو ما إذا قال إلا ثلث ما يبقى من الثلث قال محمد رحمه الله قال عامة الحسَّاب يعني أبا يوسف والحسين بن زياد وغيرهما من أصحاب أبي حنيفة رحمهم الله: هو بمنزلة الفصل الأول، وقال محمد بمنزلة الفصل الثاني وجه قول العامة أنه لما أوصى صحت الوصية وكان له الربع قبل الاستثناء إلا أنه بالاستثناء استخرج بعض الوصية مطلقا والحق المستخرج بالاستثناء بعد الوصية أكثر والحق المستخرج بالاستثناء بعد النصيب يكون أقل ففي الأقل تعين وفي الزيادة شك فحمل على الأقل أخذا باليقين احتياطا كما إذا وقع الشك في حكم الإيجاب، وجه قول محمد أن الكلام إذا لحقه الاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى إلا أن يكون الاستثناء إخراج بعض ما تناوله الإيجاب، ألا ترى أن الاستثناء في الطلاق والعتاق عامل والاستثناء عن الإيجاب فيهما باطل دل عليه قوله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤] هذا إخبار عن لبث تسعمائة وخمسين لا عن لبث ألف سنة؛ لأنه حينئذ يكون خلفا فثبت أن الكلام إذا لحقه الاستثناء صار عبارة عما وراء المستثنى فإيجاب الموصي لم يتناول إلا ما وراء المستثنى وهو يحتمل فلا يثبت إلا بقدر المتبقى وهو الأقل وقول محمد أصح في مسألة الاستثناء على مذهب علمائنا، ولو أوصى بمثل نصيب أحدهم الأربعة ما بقي من الثلث بعد النصيب فالفريضة من أحد وخمسين والنصيب اثنا عشر والاستثناء خمسة ولكل ابن ثلاثة عشر فتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ عدد البنين وهم ثلاثة ويزيد عليه واحدا فصار أربعة فاضرب أربعة في مخرج السهم المستثنى وهو أربعة فصار ستة عشر ثم زد سهما فصار سبعة عشر فهذا ثلث المال والثلثان أربعة وثلاثون ومعرفة النصيب أن يأخذ النصيب وذلك سهم ويضربه في مخرج الثلث فصار ثلاثة ثم يضرب ثلثه في مخرج المستثنى وذلك أربعة فصار اثني عشر ثم يزيد عليه سهما فصار ثلاثة عشر هذا هو النصيب بقي إلى تمام الثلث أربعة

فأعط بالنصيب ثلاثة عشر ثم استرجع مثل ربع ما بقي وهو سهم وضمه إلى ما بقي من الثلث وهو أربعة فصار خمسة ثم ضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثون فبلغ تسعة وثلاثون ولكل ابن ثلاثة عشر مثل النصيب قبل الاسترجاع وتخريجه على طريقة الدينار والدرهم أن يجعل ثلث المال دينارا وأربعة دراهم فأعط بالنصيب دينارا ثم استرجع مثل ربعه وضمه إلى ثلثي المال وذلك ثمانية فبلغ ثلاثة عشر ثم بقية التخريج على نحو ما ذكرنا وتخريجه على طريقة الجبر والمقابلة أن يأخذ ثلثًا مجهولا ويقضي بالنصيب منه شيئًا بقي معك ثلاثة إلا شيء ثم استرجع منه مثل ربع ما بقي وهو نصف سدس إلا ربع نصيب فصار معك خمسة أسهم إلا ربع نصيب فصار معك خمسة أسهم إلا نصيب وربع وأقل ذلك اثنا عشر فصار معك مال ونصف سدس مال إلا شيء وربع شيء يعدل أنصباء الورثة وهذا مال ناقص فاجبره وجبره بطرح الاستثناء وذلك شيء وربع فاطرحه فصار معك مال وسهم من اثني عشر ثم زد فيما يقابله مثل ذلك وذلك شيء وربع شيء فصار أربعة أشياء وربع شيء ثم اطرح السهم الزائد وهو السهم الثالث ثم اطرح عما يقابله مثله وهو أربعة أشياء وربع شيء وذلك السهم الثالث عشر وليس لأربعة أشياء وربع شيء السهم الثالث عشر فاضرب أربعة وربع في ثلاثة عشر فصار خمسة وخمسين وربع ثم اطرح من ذلك جزءًا من ثلاثة عشر وذلك أربعة وربع بقي أحد وخمسون فتيقن أن المال الكامل يعدل أحدًا وخمسين وتخريجه على طريقة الخطأين أن يجعل ثلث المال ستة فيبقى بعد إعطاء النصيب والاسترجاع منه مثل ربع ما بقي فأعط بالنصيب سهمين ثم استرجع ربع ما بقي وربع ما بقي وذلك سهم فضمه مع الباقي إلى ثلثي المال وذلك اثنا عشر فبلغ تسعة عشر وحاجتك إلى ستة لأنك أعطيت بالنصيب سهمين فيظهر بالخطإ بزيادة أحد عشر فزد على النصيب سهما فأعط بالنصيب ثلاثة ثم استرجع منه سهما وضمه مع الباقي إلى ثلثي المال وذلك أربعة عشر فصار تسعة عشر وحاجتك إلى تسعة لأنك أعطيت بالنصيب ثلثه فظهر الخطأ بزيادة عشرة وظهر أن كل درهم زائد يزيد خطأ درهم على النصيب قدر الخطإ الأول وذلك أحد عشر ليزول الخطأ فصار ثلاثة عشر فأعط بالنصيب ثلاثة

عشر ثم استرجع منه سهما وضمه إلى ما بقي وهو أربعة ثم ضمه إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثلاثين فصار تسعة وثلاثين.

(والفصل الرابع): ولو ترك خمسة بنين وأوصى لرجل مثل نصيب أحدهم إلا ثلث وربع ما يبقى من الثلث بعد النصيب فتخريجه على طريقة الحشو أن تأخذ عدد البنين خمسة ثم تزيد عليها واحدا للنصيب فصار ستة ثم اضرب ستة في مخرج الجزء المستثنى وهو مثل الثلث والربع وذلك اثنا عشر فصار اثنين وسبعين ثم تزيد عليه ثلث المستثنى وربعه سبعة من اثني عشر فصار تسعة وسبعين وهذا ثلث المال والثلثان مائة وثمانية وخمسون ومعرفة النصيب أن تأخذ النصيب وذلك سهم وتضربه في مخرج الثلث وذلك ثلثه فصار ثلاثة ثم تضربه في السهم المستثنى فصار ستة وثلاثين ثم تزيد عليه مثل ثلثه وربعه وهو سبعه فصار ثلاثة وأربعين وهو النصيب بقي إلى تمام الثلث ستة وثلاثون فأعط بالنصيب ثلاثة وأربعين ثم استرجع بمثل ثلث ما بقي وربعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمه إلى ما بقي وهو ستة وثلاثون صار سبعة وخمسين ثم ضمه إلى ثلثي المال وذلك مائة وثمانية وخمسون فبلغ مائتين وخمسة عشر فأعط لكل ابن ثلاثة وأربعين مثل النصيب قبل الاسترجاع وللموصى له اثنين وعشرين.

ولو قال: إلا ثلث وربع ما بقي من الثلث بعد الوصية فتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ عدد البنين خمسة ثم يزيد عليها واحدا فصار ستة ثم يضرب ستة في خمسة فصار ثلاثين ثم زد عليه تخرج الثلث والربع وذلك سبعة فصار سبعة وثلاثين وهو الثلث والثلثان أربعة وسبعون ومعرفة النصيب أن تأخذ النصيب وذلك واحد وتضربه في ثلاثة ثم تضرب ثلاثة في خمسة فصار خمسة عشر ثم تزيد عليه مثل مخرج الثلث والربع فصار اثنين وعشرين بقي إلى تمام الثلث خمسة عشر فأعط صاحب النصيب اثنين وعشرين ثم استرجع منه مثل ثلث ما بقي وربعه بعد النصيب وذلك أحد وعشرون وضمه إلى ما بقي من الثلث وهو خمسة عشر فصار ستة وثلاثين ثم ضمه إلى ثلثي المال وذلك أربعة وسبعون فبلغ مائة وعشرة لكل ابن اثنين وعشرين مثل النصيب قبل الاسترجاع وللموصى له درهم.

(باب الوصية بمثل نصيب الابن إلا مثل نصيب آخر، أو قال: إلا نصيب ابن آخر)

(الزيادات) مسائله على فصول:

أحدها: في وصية مفردة واستثناء مفرد معتبر.

والثاني: في وصية مفردة صحيحة واستثناء باطل مهدر.

والثالث: في وصية مكررة واستثناء مكرر.

والرابع: في وصية مفردة واستثناء مكرر.

(الفصل الأول)

مات عن ابن واحد وأوصى لرجل بمثل نصيبه إلا مثل نصيب آخر لو كان فللموصى له الثلث أجاز الابن أو لم يجز؛ لأن هذه وصية بالثلث فلا يتوقف على الإجازة وتخريجه على طريقة الحشو أن نصيب الابن سهم فيزاد عليه سهم الوصية؛ لأن مثل الشيء يساويه ويماثله ولا يفاضله فيعطى للموصى له أحد السهمين يبقى في يد الابن سهم فيحتاج إلى معرفة نصيب ابن آخر لو كان حتى يسترجع نصيبه من نصيب الموصى له بالاستثناء والوجه فيه أن يجعل ما في يد الوارث على سهمين؛ لأن نصيب أحد الاثنين سهم فنصيب الآخر أيضًا سهم، وكذلك ما في يد الموصى له فاسترجع بالاستثناء من نصيب الموصى له سهما بعد أن يطرح أحد السهمين اللذين في يد الوارث لو يطرح ذلك السهم يؤدي إلى الدور ولا ينقطع أبدًا لأنا إذا استرجعنا بدون الطرح يصير في يد الوارث ثلاثة وهذه الثلاثة تكون بين اثنين نصفين، لو كان له ابن آخر فينبغي أن يكون المسترجع سهمًا ونصف وقد جعلنا المسترجع سهمًا بينهما فتبين أن هذا السهم دائر يسعى بالفساد فيجب طرحه دفعًا للفساد، فإذا ضممت السهم المسترجع إلى ما في يد الوارث كان ذلك سهمين وقد أعطينا للموصى له بالنصيب قبل الاسترجاع فتبين أنا نفذنا الوصية في مثل نصيب الابن كما أوجبه الوصي واسترجعنا بالاستثناء مثل نصيب آخر لو كان

فبان واتضح أن هذه وصية بالثلث وتخريجه على طريقة الجبر والمقابلة أن يأخذ مالًا مجهولًا ويعطي بالنصيب شيئًا مجهولا يبقى معك مال إلا شيء ثم استرجع بالاستثناء مثل ما معك وذلك مال إلا شيء فيصير مع الوارث مالان إلا شيئًا يعدلان شيئًا لأنا أعطينا الموصى له بالنصيب شيئًا فينبغي أن يعطي للوارث شيئًا مثله فاجبره ما معك بشيء وزد فيما يقابله شيئين فصار معك مالان يعدلان ثلاثة أشياء وحاجتك إلى مال واحد فاطرح أحد المالين واطرح عما يقابله وهو ثلاثة أشياء شيئًا ونصف يبقى معك مال يعدل شيئًا ونصف فبين أن المال الذي أخذناه في الابتداء كان شيئًا ونصف فأعطينا الموصى له شيئًا بقي في يد الابن نصف شيء واسترجعنا بالاستثناء من النصف مثل ما في يده وهو نصف شيء فصار في يد الابن شيء وإذا قسمت بين الاثنين كان لكل واحد منهما نصف شيء مثل المسترجع.

والحاصل أن هذه وصية بالثلث وتخريجه على طريقة الدينار والدرهم وهو أن يجعل المال دينارا أو درهما واجعل النصيب دينارا لحاجتنا إلى النصيب وإلى ما يبقى مثله بعد النصيب للاستثناء والدينار أكثر فيكون الاستثناء منه أسهل واجعل ما يبقى درهما؛ لأن الابن واحد ثم استرجع من النصيب مثل نصيب ابن آخر ما يبقى درهما؛ لأن الابن واحد ثم استرجع من النصيب مثل نصيب ابن آخر لو كان وذلك درهم فيحصل في يد الوارث درهمان وذلك يعدل دينارا الذي أعطينا بالنصيب الكامل؛ لأن النصيب الكامل مثل نصيب الابن وقد أعطينا بالنصيب دينارا فيجب أن يعطى الوارث دينارا أو يعطى بالنصيب درهمين كما أعطينا للوارث درهمين فظهر أن الدرهمين يعدلان دينارا وقد أعطينا الموصى له بالنصيب دينارا قيمته درهمان وللابن درهما فاسترجعنا من الموصى له بالاستثناء درهما فيحصل للوارث مثل نصيب الكامل وللموصى له نصفه وتخريجه على طريقة الخطأين أن يأخذ حسابا له نصف ولنصفه نصفان وأقله ثمانية فاجعل المال على ثمانية فأعط بالنصيب أربعة فبقي في يد الابن أربعة ثم استرجع بالاستثناء سهمين من الموصى له في يد الابن ستة وحاجتنا إلى أربعة؛ لأن نصيب الابن بعد الاسترجاع مثل النصيب الكامل فظهر الخطأ بزيادة سهمين فاطرح من أصل المال سهما فأعط بالنصيب الكامل أربعة

واسترجع بالاستثناء سهمين فصار في يد الابن خمسة وحاجتنا إلى أربعة فظهر الخطأ بزيادة سهم وكان الخطأ الأول بزيادة سهمين ومهما طرحنا سهما يذهب بخطإ سهم ليذهبا بخطإ سهمين فيعود المال إلى ستة يعطي بالنصيب أربعة ويسترجع بالاستثناء سهمين فحصل في يد الابن أربعة مثل نصيب الاثنين وللموصى له نصف ذلك، ولو قال: إلا نصيب ثالث فله خمسا المال إن أجازوا وإلا فثلثه وتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ سهما ويزيد عليه آخر فيصير سهمين سهم للموصى له وسهم للوارث ثم يجعل ما في يد الوارث على ثلاثة أسهم حتى يظهر نصيب ابن ثالث ليكون لكل ابن سهم، فإذا صار ما في يد الوارث ثلاثة صار ما في يد الموصى له أيضًا ثلاثة فاطرح ما في يد الوارث سهما يبقى في يده سهمان وفي يد الموصى له ثلاثة أسهم ثم استرجع من النصيب مثل نصيب ثالث لو كان وذلك سهم وضمه إلى ما في يد الوارث وذلك سهمان فيصير ما في يده ثلاثة مثل ما أعطيت بالنصيب وما في يده بينه وبين آخرين نصيب كل واحد منهم مثل ما استرجعناه وحصل للموصى له سهمان وذلك خمسا المال تخريجه على طريقة الجبر والمقابلة أن يأخذ مالًا مجهولًا ويعطي بالنصيب شيئًا مجهولا يبقى معك مال إلّا شيء ثم تسترجع من الوصية بالاستثناء نصف مال إلا نصف شيء وهو نصيب ابن ثالث لو كان فصار معك مال ونصف مال إلا شيئًا ونصف شيء فاجبر هذا النقصان بشيء ونصف شيء فيصير معك مال ونصف مال إلا شيء فزد فيما يقابله بمثله حتى يكون للموصى له مثل ما للوارث فزدنا عليه شيئًا ونصف شيء فيصير شيئين ونصف شيء وحاجتنا إلى مال واحد فاطرح النصف الزائد على المال فيبقى مال واحد ثم اطرح عما يقابله مثله وهو خمسة أسداس اجعل كل شيء ستة أسداس فيكون شيئان ونصف خمسة عشر أسداسا فيبقى شيء وثلثا شيء فاجعل ثلث كل شيء بينهما فصار شيء وثلثا شيء خمسة أسهم فظهر أنا جبر أحدنا مالًا مجهولًا كان خمسة أسهم وحين أعطينا بالنصيب شيئًا أعطينا ثلثه وحين استرجعنا مثل نصف ما بقي في يد الوارث استرجعنا واحدا وتخريجه على طريقة الدينار والدرهم وهو أن يجعل المال دينارا أو درهمين فيجعل النصيب دينارا والباقي درهمين ثم استرجع من النصيب مثل نصف ما يفي وذلك درهم وهو نصيب ابن

ثالث فيضم إلى ما بقي وذلك درهمان فيصير ثلاثة دراهم فيعدل ذلك دينارا فعلمنا أن الدينار صار ثلاثة دراهم ثم استرجع من النصيب درهما ضمه إلى ما في يد الوارث وذلك درهمان فيصير ثلاثة دراهم مثل ما أعطينا بالنصيب قبل الاسترجاع وتخريجه على طريقة الخطأين وهو أن يجعل المال أربعة لحاجتنا إلى أن يسترجع من النصيب شيئًا لو ضمه إلى ما يفي يكون المضمون ثلاثة وأقل ذلك اثنان فصار المال أربعة فأعطينا بالنصيب سهمين يبقى سهمان ثم استرجع من النصيب مثل نصيب الابن لو كان وذلك سهم ضمه إلى ما في يد الوارث وذلك سهمان فيصير ثلاثة فظهر أن الخطأ وقع بزيادة سهم حيث أعطينا بالنصيب سهمين فأعطينا للوارث ثلاثة وينبغي أن نعطيه سهمين لا غير فزد في النصيب نصف سهم ولا تزد سهما كاملا لأنك إذا زدت سهما كاملا يظهر الصواب بخطإ واحد والسبيل في الخطأين أن يظهر الصواب بالخطأين فصار النصيب سهما ونصف سهم والباقي سهمان وجميع المال خمسة ونصف ثم استرجع من النصيب مثل نصف ما بقي وذلك سهم وضمه إلى ما بقي في يد الوارث وذلك سهمان فيصير ثلاثة فظهر أن الخطأ بزيادة نصف سهم لأنا أعطينا بالنصيب سهمين ونصف فينبغي أن يعطى للوارث كذلك وقد أعطيناه ثلاثة فزد في النصيب نصف سهم حتى يذهب الخطأ كله فصار النصيب ثلاثة والباقي سهمان والمال خمسة ثم التخريج على نحو ما ذكرنا، ولو مات عن ثلاثة بنين وأوصى لرجل بمثل نصيب بنيه إلا مثل نصيب أحدهم فله خمسا المال إن أجازوا وإلا فثلثه، وكذلك لو قال إلا نصيب أحدهم وهذه والمسألة الأولى سواء إذ لا فرق بين أن يترك ابنًا ويوصي بمثل نصيبه وبين أن يترك ثلاثة بنين ويوصي بمثل نصيبهم؛ لأن في الوجهين المال يكون خمسة والوصية بعد الاستثناء بخمس المال، ولو مات عن ابنين وأوصى بمثل نصيب أحدهما إلا نصيبًا ثالث لو كان فله سبع المال وتخريجه على طريقة الحشو أن يجعل المال على سهمين؛ لأن الابن ابنان ويزاد عليه للنصيب سهم فيصير ثلاثة ثم اجعل ما في يد الاثنين على ثلاثة حتى يظهر نصيب ابن ثالث فيظهر المستثنى فصار نصيب كل واحد منهما سهما ونصف فيجعل نصيب الموصى له أيضًا سهما

ونصف؛ لأنه أوصى له بمثل نصيب أحدهما فيصير المال أربعة ونصف فانكسر بالنصف فاضرب أربعة ونصف في مخرج النصف وذلك اثنان فصار تسعة النصيب منها ثلاثة والستة للاثنين ثم اطرح مما في يد الورثة مثل نصيب ابن وذلك سهمان يبقى أربعة وفي يد الموصى له ثلاثة ثم استرجع منها مثل نصيب ابن ثالث وذلك سهمان ضمهما إلى ما في يد الورثة فيصير لهما ستة لكل واحد ثلاثة مثل ما أعطينا بالنصيب قبل الاسترجاع وللموصى مثل سهم وتخريجه على طريقة الجبر والمقابلة وهو أن يأخذ مالًا مجهولًا ويعطي بالنصيب منه شيئًا مجهولا فبقي معك مال إلّا شيئًا ثم استرجع من النصيب مثل نصيب ابن ثالث لو كان وذلك مثل نصف ما بقي فيصير مال ونصف مال إلّا شيئًا ونصف شيء يعدل شيئين لأنا أعطينا بالنصيب شيئًا فينبغي أن يعطي للاثنين شيئين حتى يكون لكل ابن شيء فاجبر هذا النقصان بشيء ونصف شيء ثم زد فيما يقابله مثله فصار معنا مال ونصف مال يعدل ثلاثة أشياء ونصف شيء وحاجتنا إلى مال واحد فاطرح الزائد وهو نصف مال وذلك مثل ثلاثة واطرح عما يقابله مثله وذلك شيء وسدس شيء؛ لأن ثلث ثلاثة أشياء شيء واحد ونصف ثلثه سدس فبقي شيئان وثلث شيء فاجعل كل ثلث سهما فصار سبعة فظهر أن المال كان سبعة ثم التخريج على نحو ما ذكرنا وتخريجه على طريقة الدينار والدرهم أن يجعل المال دينارا أو درهمين فأعط بالنصيب الدينار يبقى معك درهمان ثم استرجع من النصيب مثل ما بقي وذلك درهم ضمه إلى ما في يد الورثة وذلك درهمان فحصل في يد الورثة ثلاثة وهي تعدل دينارا إلا أنا أعطينا بالنصيب دينارين فينبغي أن نعطي لكل ابن دينارين مثل ما أعطينا بالنصيب؛ لأنه أوصى كذلك ومعنا ثلاثة دراهم فعلمنا أن ثلاثة دراهم تعدل دينارين وكنا جعلنا أصل المال دينارا ودرهمين وجعلنا الدينار نصيبا فصار الدينار ثلاثة دراهم وجعلنا ما يبقى درهمين فصار كل درهم درهمين فصار ما بقي أربعة دراهم والدينار ثلاثة دراهم فتكون سبعة وهذا هو المال ثم استرجع من النصيب مثل نصيب ابن ثالث لو كان وذلك سهمان وضمه إلى ما بقي وذلك أربعة فحصل لهما ستة لك لواحد ثلاثة مثل ما دفعنا بالنصيب وتخريجه على طريقة الخطأين وهو أن يجعل المال سهمين

لحاجتنا إلى النصيب وإلى ما بقي ويجعل المال الباقي سهمين ومتى صار الباقي سهمين صار النصيب أيضًا سهمين فصار المال أربعة فأعط بالنصيب سهمين يبقى سهمان ثم استرجع من النصيب سهما ضمه إلى ما بقي فيصير ثلاثة فظهر الخطأ في نقصان سهم لأنا أعطينا بالنصيب سهمين فنحتاج إلى أن نعطي لكل ابن مثله وذلك أربعة ومعنا ثلاثة فزد في النصيب سهما فيصير النصيب ثلاثة وما بقي سهمان فيصير المال خمسة أعط بالنصيب ثلاثة ثم استرجع من النصيب مثل نصف ما بقي وذلك سهم ضمه إلى ما في يد الورثة وذلك سهمان فيصير لهما ثلاثة فظهر الخطأ في نقصان ثلاثة لأنا أعطينا بالنصيب ثلاثة فيحتاج إلى ستة لكل ابن ثلاثة فالخطأ الأول في سهم فحين زدنا في النصيب سهما ازداد الخطأ لسهمين آخرين فعلينا أن ننقص من النصيب ولا نزيد عليه والنصيب كان سهمين فأنقص منه نصف سهم فيبقى النصيب سهم ونصف سهم وما بقي سهمان على حاله فيصير المال ثلاثة ونصف أعط بالنصيب سهما ونصف يبقى معك سهمان ثم استرجع من النصيب مثل نصف ما بقي وذلك سهم فحصل في يد الورثة ثلاثة لكل ابن سهم ونصف مثل ما أعطينا بالنصيب وقد انكسر بالأنصاف فاضرب ثلاثة ونصف في مخرج الكسر وذلك سهمان فصار سبعة ثم التخريج على نحو ما مر.

(**الفصل الثاني**): ولو مات عن ابن وأوصى بمثل نصيبه إلا مثل نصيبه فالوصية جائزة وله النصف والاستثناء باطل؛ لأنه استثنى جميع الملفوظ به فيكون استثناء الكل عن الكل باطلا، كما لو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا إلا ثلاثا ولا يمكن أن يجعل استثناؤه رجوعا عن المستثنى منه لكان بداءً وخلفًا والله تعالى جوز الاستثناء في كتابه بقوله: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ [العنكبوت: ١٤] والله تعالى ميزه عن البداء والخلف ومتى تعذر جعله رجوعا عن الوصية بقي استثناء حقيقة واستثناء الكل باطل، ولو أوصى لرجل بنصف ماله إلا مثل نصيب ابنه وله ابن واحد فالوصية باطلة؛ لأن هذا المستثنى غير المستثنى منه لفظًا وإن اتحدا معنى والاستثناء يتبع اللفظ دون المعنى؛ لأنه يرد على اللفظ، ألا ترى لو قال أوصيت لك بمالي إلا هذه الألف وماله ألف فالاستثناء جائز والوصية باطلة وقد اختلف اللفظ

وصح الاستثناء، ولو قال أوصيت لك بمالي إلا بمالي إلا بألف وماله ألف فالوصية جائزة والاستثناء باطل؛ لأن اللفظ متحد، ولو أوصى بمثل نصيب ابنه إلا نصف المال فالوصية والاستثناء جائزان فللابن ثلثه وله واحد؛ لأن المستثنى غير المستثنى منه لفظًا ولأن المستثنى أقل من الوصية؛ لأنه أوصى له بجميع المال؛ لأن نصيب ابنه جميع المال واستثنى نصف المال فيكون استثناء البعض عن الكل ومتى جازت الوصية والاستثناء كانت وصية بربع المال فيجعل المال أربعة والنصيب قبل الاستثناء ثلاثة فاسترجع من النصيب مثل نصف المال وذلك سهمان فيحصل للوارث ثلاثة وللموصى له واحد، ولو أوصى بنصف ماله إلا نصيب أحد بنيه فله ثلث ولبنيه ثلثان؛ لأن الوصية جائزة والاستثناء صحيح؛ لأن المستثنى هنا أقل؛ لأنه يبقى بعد المستثنى شيء للوصية؛ لأن المستثنى الثلث والمستثنى منه النصف والوصية بالثلث، ولو قال أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي جازت الوصية وبطل الاستثناء؛ لأنه استثنى جميع الملفوظ، ولما بطل الاستثناء تعذر جعله رجوعا عن الوصية لما بينا فبقيت الوصية صحيحة، ولو قال إلا ثلث مالي يرد على ورثتي أو قال يرد على فلان لم يكن استثناء وكان رجوعا؛ لأن قوله يرد الثلث على ورثتي دلالة الرجوع عن الوصية؛ لأن الثلث لا يرد على الورثة إلا بعد نقض الوصية وفسخها، وكذلك رد الثلث على فلان تحويل للوصية ونقلها إلى الثاني وذلك لا يكون إلا بعد الرجوع عن الوصية الأولى، ولو قال له أوصيت بثلث مالي إلا ألف درهم فمات وثلث ماله ألف فالاستثناء صحيح ولا شيء له بخلاف قوله أوصيت بثلث مالي؛ لأن الاستثناء يتبع اللفظ دون المعنى فمتى كان المستثنى غير المستثنى منه لفظًا صح الاستثناء، وإن اتفقا معنى. ثم أوضح محمد الفرق لمسائل، ألا ترى لو قال كل امرأة لي طالق غير كل امرأة لي فالاستثناء باطل، ولو قال غير هذه وليست له امرأة غيرها صح الاستثناء، وكذلك العتاق.

(الفصل الثالث): ولو ترك ابنين وأوصى بمثل نصيب أحدهما لرجل إلا مثل نصيب ثالث لو كان وأوصى لآخر بثلث ما يبقى من الثلث فالقسمة من خمسة عشر سهمان لصاحب النصيب وسهم لصاحب ثلث ما بقي ولكل ابن ستة وتخريجه على

طريقة الحشو وهو أنه أوصى بوصيتين وصية بمثل نصيب أحدهما ووصية بثلث ما بقي فلا بد من معرفة مخرج الوصية الأولى حتى يضربه في مخرج الوصية الثانية فظهر الجواز في الوصية الثانية ومخرج الوصية الأولى من سبعة لما مر والنصيب ثلاثة والمسترجع سهمان والوصية الحاصلة سهم والوصية الثانية من ثلاثة؛ لأنه أوصى بثلث ما بقي فاضرب سبعة في مخرج الوصية الثانية وهو ثلثه فصار أحدًا وعشرين ثم اطرح منه مثل الوصية الأولى وذلك سهم؛ لأنه لا تخرج المسألة إلا بهذا الطرح فيبقى عشرون فهذا ثلث المال ثم اضرب عشرين في ثلاثة لمكان الوصية الثانية فيصير ستين وطريق معرفة الوصية الحاصلة أن الوصية الحاصلة في المسألة الأولى كان سهما ثم اضربه في ثلاثة مرة أخرى كما ضربته في أصل المال فيصير تسعة ثم اطرح منها مثل الوصية الحاصلة في الابتداء وذلك سهم يبقى ثمانية فهي الوصية الحاصلة فخذ ثلث المال وذلك عشرون وأعط منه بالوصية الحاصلة ثمانية تبقى اثنا عشر فأعط بالوصية الثانية ثلث ما تبقى وذلك أربعة تبقى ثمانية ضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعون فيصير ثمانية وأربعين مقسوما بين الاثنين لكل ابن أربعة وعشرون مثل النصيب الكامل فخرجنا المسألة من ستين، ومحمد رحمه الله خرج المسألة من خمسة عشر؛ لأنه اقتصر من كل حساب على ربعه جعل الوصية الحاصلة سهمين والمسترجع أربعة والوصية الثانية بينهما، ولو قال إلا مثل ربع لو كان والمسألة بحالها فالقسمة من أحد وعشرين والثلث سبعة والنصيب الكامل ثمانية والمسترجع أربعة والوصية الحاصلة أربعة والوصية الثانية سهم وتخريجه على طريقة الحشو أن يجعل المال سهمين لأنهما اثنان ثم تزيد عليه سهما للنصيب فيصير ثلاثة فأعط للنصيب سهما يبقى سهمان يقسم على أربعة حتى يظهر نصيب ابن رابع لو كان ليعرف قدر المستثنى وهو المسترجع وقد انكسر بالأرباع فاضرب أصل المال وهو ثلاثة في أربعة إلا أن هنا يمكن تخريجه من أقل الحسابين وهو أن يضرب ثلاثة في مخرج النصف وذلك سهمان؛ لأن السهام تنكسر بالأنصاف فتصير ستة فأعط للموصى سهمين يبقى أربعة مقسومة بين البنين الأربعة لو كانوا لكل ابن سهم ثم اطرح من نصيب الورثة نصيب ابن رابع لو كان

يبقى للورثة ثلاثة وللموصى له سهمان فيكون كله خمسة ثم استرجع من النصيب مثل نصيب رابع لو كان وذلك سهم ضمه إلى ما في يد الورثة وذلك ثلاثة فصار لهم أربعة لو كان البنون أربعة لأصاب لكل واحد سهم مثل المسترجع فيظهر أن الوصية الكاملة خمسان وللورثة قبل استرجاعه ثلاثة أخماسه والمسترجع سهم مثل نصف النصيب الكامل والوصية الحاصلة مثل نصف النصيب الكامل وطريق معرفة الثلث والنصيب الكامل أن يضرب خمسة في مخرج الوصية الثانية وذلك ثلاثة فيصير خمسة عشر ثم اطرح منه مثل الوصية الحاصلة وذلك سهم يبقى أربعة عشر فهو الثلث ثم اضرب النصيب الكامل وذلك سهمان في مخرج الوصية الثانية وذلك ثلاثة فيكون ستة ثم اضرب ستة في ثلاثة فيكون ثمانية عشر ثم اطرح النصيب الكامل المأخوذ في الابتداء وذلك سهمان يبقى ستة عشر وهو النصيب وهو أكثر من الثلث ثم استرجع من النصيب الكامل مثل نصفه وذلك ثمانية تبقى ثمانية فهي النصيب الحاصل ثم أعط من الثلث بالوصية الحاصلة ثمانية تبقى من الثلث ستة ثم أعط بالوصية الثانية ثلث ما يبقى من الثلث وذلك سهمان يبقى من الثلث أربعة ضمها إلى ثلثي المال وذلك ثمانية وعشرون فيصير اثنين وثلاثين لو أقسم بين أربع تبين لكل واحد ثمانية مثل المسترجع فخرجنا المسألة من اثنين وأربعين ومحمد خرجها من أحد وعشرين فيصير على النصف من كل حساب، ولو قال إلا مثل نصيب خامس لو كان فالقسمة من سبعة وعشرين والثلث تسعة والنصيب الكامل عشرة والمسترجع أربعة والوصية الحاصلة ستة والوصية الثانية سهم وتخريجه على طريقة الحشو أن يجعل المال سهمين ويزيد عليه سهما للنصيب ثم يقسم نصيب الاثنين وذلك سهمان على خمسة حتى يظهر نصيب ابن خامس وقد انكسر على خمسة فاضرب أصل المال وذلك ثلاثة في خمسة فيصير خمسة عشر كان للاثنين سهمان مضروبان في خمسة فصار اثني عشر مقسومة بين البنين الخمسة لكل ابن سهمان فاطرح منها نصيبه الخامس وذلك سهمان تبقى ثمانية والنصيب الكامل خمسة فتكون ثلاثة عشر ثم استرجع من النصيب مثل نصيب خامس وذلك سهمان ضمهما إلى ما في يد الورثة فحصل في يدهم عشرة

لكل ابن خمسة مثل النصيب الكامل وطريق معرفة الثلث والنصيب الكامل أن يضرب مخرج الوصية الأولى وذلك ثلاثة عشر في مخرج الوصية الثانية وذلك ثلاثة فيصير تسعة وثلاثين ثم اطرح منه مثل الوصية الحاصلة وذلك ثلاثة تبقى ستة وثلاثون فهو الثلث فاضربه في ثلاثة فيصير مائة وثمانية فهو جميع المال فاضرب النصيب الكامل من الوصية الأولى وذلك خمسة في ثلاثة كما ضربت أصل المال فيصير خمسة عشر ثم اضربه في ثلاثة فيصير خمسة وأربعين ثم اطرح منها النصيب الكامل أولا وذلك خمسة تبقى أربعون وهو النصيب الكامل ثم استرجع من النصيب الكامل مثل خمسة وذلك ستة عشر تبقى أربعة وعشرون هذا هو الوصية الحاصلة فأعط من الثلث بالوصية الحاصلة أربعة وعشرين يبقى من الثلث اثنا عشر فأعط منه بالوصية الثانية ثلث ما يبقى وذلك أربعة تبقى ثمانية ضمها إلى ثلثي المال وذلك اثنان وسبعون فيصير ثمانين مقسوما بين الاثنين لكل ابن أربعون مثل النصيب الكامل ومحمد اقتصر على أربع من كل حساب، ولو قال إلا نصيب سادس لو كان أو سابع أو ثامن أو تاسع أو عاشر فتخريجه على نحو ما ذكرنا.

(**الفصل الرابع**): وإذا ترك اثنين وأوصى لرجل بمثل نصيب أحدهما إلا نصيب ثالث لو كان وإلا ثلث ما تبقّى من الثلث بعد الوصية الحاصلة أو لم يذكر الوصية فالقسمة من خمسة وأربعين للموصى له ثلاثة والباقي بين الاثنين وتخريجه على طريقة الحشو أن يضرب مخرج الوصية الأولى وذلك سبعة لما مر في سهمين؛ لأنه لا بد أن يكون السهم المسترجع مع الباقي ثلاثة وأقل ذلك سهمان فيصير أربعة عشر ثم زد عليه مثل الوصية الحاصلة؛ لأنه يزاد في الاستثناء؛ لأنه استثني من نصيب الموصى له ليرد على الورثة فيزداد مال الورثة وإذا زدت سهما صار خمسة عشر هذا ثلث المال ثم اضربه في ثلاثة فيصير خمسة وأربعين هذا جميع المال، وأما معرفة النصيب الكامل خذ ثلث النصيب الكامل من الوصية الأولى وذلك ثلاثة فاضربها في سهمين كما ضربت أصل المال فصار ستة ثم اضربها في ثلاثة كما ضربت أصل المال فتصير ثمانية عشر ثم زد عليها ما أخذت أولا وذلك ثلاثة فيصير أحدًا وعشرين فهو النصيب الكامل ثم استرجع منه قدر ثلثيه وذلك أربعة

عشر يبقى سبعة فهي الوصية الحاصلة فأعط من ثلث المال وذلك خمسة عشر بالوصية الحاصلة مثل ثلث النصيب الكامل وذلك سبعة يبقى من الثلث ثمانية ثم استرجع أيضًا من الوصية الحاصلة نصف ثلث ما بقي من الثلث وذلك أربعة وضمها إلى ما بقي من الثلث وذلك ثمانية فتصير اثني عشر ضمها إلى ثلثي المال وذلك ثلاثون فيصير اثنان وأربعين مقسوما بين الاثنين لكل ابن أحد وعشرون مثل النصيب الكامل، ولو قال إلا نصيب ثالث لو كان وإلا ثلث ما بقي من الثلث بعد النصيب فالقسمة من ثلاثة وثلاثين للموصى له ثلاثة والباقي بين الاثنين وتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ مخرج الوصية الأولى وذلك سبعة فاضربه في ثلاثة بخلاف المسألة الأولى حيث ضربناه في سهمين؛ لأن المسترجع ثمة نصف ما بقي فيحتاج إلى حساب له، له ثلث وأقله ثلاثة، فإذا ضربت سبعة في ثلاثة تصير أحدًا وعشرين رد عليه مثل الوصية الحاصلة وذلك سهم فصار اثنين وعشرين فهذا هو الثلث فأما معرفة النصيب: خذ النصيب الكامل من الوصية الأولى وذلك ثلاثة فاضربها في تسعة فتصير سبعة وعشرين ثم زد عليه ما أخذت في الابتداء وذلك ثلاثة فتصير ثلاثين فهو النصيب ثم استرجع منه قدر ثلثيه وذلك عشرون يبقى عشرة فهو الوصية الحاصلة فأعط من ثلث المال وذلك اثنان وعشرون بالوصية عشرة يبقى من الثلث اثنا عشر ثم استرجع من الوصية أيضًا مثل ثلث ما بقي وذلك أربعة وضمها إلى الباقي من الثلث وذلك اثنا عشر فيصير ستة عشر ضمها إلى ثلثي المال وذلك أربعة وأربعون فصار ستين مقسومًا بين الابنين لكل ابن ثلاثون مثل النصيب، ولو قال إلا مثل نصيب رابع وإلا ثلث ما بقي من الثلث بعد الوصية أو لم يقل بعد الوصية فالقسمة من ثلاثة وثلاثين للموصى له خمسة ولكل ابن ثمانية وتخريجه على طريقة الحشو أن مخرج الوصية الأولى خمسة؛ لأن للورثة أربعة لكل ابن سهم لو كانوا أربعة ثم يطرح منه سهم يبقى ثلاثة والنصيب سهمان فتكون الجملة خمسة ثم استرجع مثل نصيب الرابع سهما فصار للورثة أربعة فظهر أن مخرجه من خمسة فاضرب تلك الخمسة في سهمين فصار عشرة ثم زد عليها مثل الوصية الحاصلة سهما فصار أحد عشر فهو الثلث وأما معرفة النصيب الكامل أن تأخذ سهمين

فاضربهما في سهمين فتصير أربعة ثم في ثلاثة فصار اثني عشر ثم زد عليه مثل ما أخذت في الابتداء وذلك سهم فصار أربعة عشر وهو النصيب ثم استرجع منه نصفه وذلك سبعة يبقى سبعة فهي الوصية الحاصلة فأعط بالوصية من الثلث سبعة يبقى سبعة فهي الوصية الحاصلة فأعط بالوصية من الثلث سبعة يبقى من الثلث أربعة ثم استرجع من الوصية الحاصلة قدر نصف ما بقي وذلك سهمان ضمها إلى ما في يد الورثة فصار ستة ثم ضمها إلى ثلثي المال فصار ثمانية وعشرين مقسوما بينهما لكل ابن أربعة عشر مثل النصيب الكامل، ولو قال إلا نصيب رابع لو كان وإلا ثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب الكامل إذا أخرجت منه النصيب الآخر فالقسمة من أربعة وعشرين أربعة للموصى له وعشرون للاثنين وتخريجه على طريقة الحشو أن يضرب مخرج الوصية الأولى وذلك خمسة في ثلاثة فيصير خمسة عشر ثم يزيد عليه مثل الوصية الحاصلة بينهما فصار ستة عشر وهو الثلث.

وأما معرفة النصيب الكامل أن تأخذ سهمين فاضربهما في ثلاثة فصار ستة ثم في ثلاثة فصار ثمانية عشر ثم زد عليه سهمين كما أخذت في الابتداء فصار عشرين فهو النصيب الكامل ثم استرجع منه نصفه عشرة يبقى عشرة فهو الوصية الحاصلة ثم أعط بالوصية عشرة يبقى من الثلث ستة ثم استرجع من الوصية ثلث ما يبقى وذلك سهمان فصار ثمانية ضمها إلى ثلثي المال وذلك اثنان وثلاثون فصار أربعين لكل ابن عشرون مثل النصيب الكامل.

ولو أوصى بمثل نصيب ابنه إلا نصيب ابن آخر وإلا ثلث ما يبقى من الثلث فاستثناؤه ثلث ما يبقى باطل؛ لأنه لم يبق من الثلث شيء؛ لأن الوصية الأولى استوعبت الثلث فلم يصح الاستثناء الثاني.

وعلى هذا لو أوصى بمثل نصيب ابنه إلا مثل نصيب ابن آخر ولآخر بثلث ما يبقى من الثلث جازت الوصية الأولى وبطلت الأخرى؛ لأنه لم يبق من الثلث شيء؛ لأن الوصية الأولى استوعبت كل الثلث.

(باب الوصية بمثل نصيب ابن لو كان)

(المبسوط): أصله: أنه متى أوصى لآخر بنصيب وارث سماه لو كان يضم

الفريضة أو لا لو كان في الورثة من سماه الموصي في وصيته ثم تحول نصيبه إلى الموصى له؛ لأن الموصي أقام الموصى له مقام من سماه لو ترك ثلاثة بنين وأوصى بمثل نصيب رابع لو كان فللموصى له خمس المال.

ورُوي عن أبي يوسف أنه يكون له ربع المال؛ لأنه أقامه مقام ابن رابع، فإن له ثلث يمين حقيقة فيكون الموصى له بمنزلة الرابع وهذا كما لو أوصى بمثل نصيب أحدهم وهم ثلاثة يكون له ربع المال فكذا هذا، وجه ظاهر الرواية: أنه أقام الموصى له مقام ابن خامس؛ لأنه إنما يكون له مثل نصيب رابع إذا جعلنا له أربع بنين تقديرًا واعتبارا فيكون الموصى له على هذا الاعتبار قائم مقام خامس بخلاف ما لو أوصى بمثل نصيب أحدهم؛ لأنه أقام الموصى له مقام ابن رابع، ولو كان مكانه ابنا رابعا كان له ربع المال وكذا إذا أقام الموصى له مقام ابن رابع فيقسم المال على خمسة للموصى له سهم يبقى أربعة لا يستقيم على ثلاثة فانكسر بالثلث فاضرب خمسة في ثلاثة فيصير خمسة عشر يستقيم عليهم.

ولو أوصى بمثل نصيب رابع لو كان بثلث ما بقي من الثلث فالثلث اثنان وأربعون ونصيب رابع أربعة وعشرون وثلث ما يبقى من الثلث بعد النصيب ستة وتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ عدد البنين ثلاثة ثم يزيد عليه سهمًا للنصيب؛ لأنه بمنزلة ابن رابع ثم اضربه في ثلاثة فيصير اثني عشر لأنا نحتاج إلى حساب له ثلث وربع وأقله اثنا عشر ثم زد عليه مثل نصيب رابع لو كان وذلك ثلاثة فيصير خمسة عشر ثم اضرب الخمسة عشر في ثلاثة للوصية بثلث ما بقي من الثلث فيصير خمسة وأربعين ثم اطرح منها السهم الزائد وذلك ثلاثة فيبقى اثنان وأربعون وهذا ثلث المال ومعرفة النصيب أن يضرب النصيب وذلك ثلاثة في ثلاثة فيصير تسعة ثم اضربه في ثلاثة فيصير سبعة وعشرين ثم اطرح منه مثل النصيب ثلاثة فيبقى أربعة وعشرون وهذا هو النصيب وبقي إلى تمام الثلث ثمانية عشر فأعط بالوصية بثلث ما يبقى ثلاثة وذلك ستة فصار للموصى له ثلاثون سهما بقي من الثلث اثنا عشر فاضلا عن الوصيتين فضمه إلى ثلثي المال وذلك أربعة وثمانون فيصير ستة وتسعين مقسوما بين البنين الثلاث لكل ابن اثنان وثلاثون.

(المنتقى): رجل مات وترك ابنًا وأوصى لرجل بمثل نصيب ابن لو كان ولآخر بمثل نصيب بنت لو كانت فهي من أحد عشر للموصى له بمثل نصيب ابن ثلاثة أسهم والموصى له بمثل نصيب ابن ثلاثة أسهم وللموصى له بمثل نصيب ثلث سهمان، ولو قال أوصيت بمثل نصيب ابن وبنت لو كانا فهي من ثمانية للموصى له ثلاثة أسهم من أحد عشر؛ لأن نصيب ابن لو كانت نصيب ابن ثالث فتكون الفريضة من ثلاثة للابن سهمان وللموصى له سهم ونصيب بنت لو كان نصيب بنت ثالثة فتكون الفريضة الثانية من أربعة للابن ثلاثة وللموصى له سهم ومتى صار للابن ثلاثة يصير للموصى له بنصيب الابن سهما ونصف؛ لأن نصيبه على نصف نصيب الابن فانكسر سهم بالنصف فأضعف على نصيب ليزول الكسر فصار نصيبه ثلاثة ونصيب الابن ستة ونصيب الموصى له بنصيب البنت سهمان فصار كله أحد عشر، ولو ترك امرأة وابنًا وأوصى بنصيب بنت فهي من ثلاثة وعشرين سهما للموصى له سبعة وللمرأة سهمان وللابن أربعة عشر، ولو ترك بنتًا وامرأة وأوصى بنصيب ابن فالفريضة من اثنين وعشرين سهما للموصى له أربعة عشر وللمرأة ثمن الباقي والباقي للبنت، ولو ترك ابنًا وأوصى لرجل بنصف ماله ولآخر نصيب ابنه ولم يجز الابن قال أبو يوسف الثلث بينهما أخماسا؛ لأن الثلث جائز على الابن وعلى الموصى له بالمثل وحق الموصى له بالثلث في الثلث وحق الموصى له بالمثل في نصف الثلثين فيضرب صاحب الثلث بالثلث وصاحب النصف بالنصف، وإن أجاز الابن فالنصف لصاحب النصف والثلث للموصى له بالمثل ويبقى في يد الابن السدس، وقال محمد: إذا أجاز الابن فلصاحب النصف النصف والنصف الباقي بين الابن وبين الموصى له فالمثل نصفان ولم لم يجز فالثلث بين الموصى له أخماسا؛ لأن الابن أبدًا إنما يجبر على الموصى له بالمثل ما لم ينقصه ذلك من حصته من الثلث لو لم يجز الابن، فإذا كانت إجازة الابن تنقصه من ذلك لم تجز إجازة الابن عليه، ولو أوصى بماله كله لرجل ولآخر بمثل نصيب ابنه فأجاز الابن لهما جميعًا قال محمد الثلث بينهما أرباعا والثلثان للموصى له بالكل؛ لأن إجازة الابن في حق الموصى له بالمثل لم يصح؛ لأن الابن هنا لا شيء له؛ لأن الوصية بالكل نفذت

بإجازته فكأنه قال أجزت للموصى له بالكل ولا أجيز للموصى له بالمثل فيضرب الموصى له بالمثل في الثلث بالثلث والموصى له بالكل ولا أجيز للموصى له بالمثل فيضرب الموصى له بالمثل في الثلث بالثلث والموصى له بالكل ولا أجيز للموصى له بالمثل فيضرب الموصى له بالمثل في الثلث بالثلث والموصى له بالكل بكل المال فيكون الثلث بينهما أرباعا. رجل أوصى لرجلين بمثل نصيب ابنه فقال الابن قد أجزت لهما فلهما نصف المال وإن أبى أحدهما أن يقبل فللقابل ثلث المال وللابن ثلثاه؛ لأنه قد أوصى له بمثل نصيب ابنه. رجل أوصى لرجل بمثل نصيب ابنه وأوصى لآخر كذلك وله ابن واحد فأجاز فالمال بينهما وبينه أثلاثًا، فإن قبل أحدهما وأجاز لم يقبل كان له نصف المال، فإن أجاز بعد ذلك للقابل كان ما في يده بينهما نصفين، فإن أجاز للقابل أولا كان للذي لم يقبل ثلث المال والباقي بين القابل والابن نصفان، فإن أجاز بعد ذلك للذي لم يقبل لم يكن له إلا ما في يديه. رجل أوصى لرجلين بمثل نصيب ابنه فقال الابن قد أجزت لهما فلهما نصف المال وإن لم يقبل أحدهما فللقابل ثلث المال وللابن ثلثاه؛ لأنه بمثل نصف نصيب ابنه.

(**الزيادات**): ترك ابنا وأُمًّا وأوصى لرجل بنصيب بنت لو كانت فالقسمة من سبعة عشر خمسة للموصى له وعشرة للابن وسهمان للأم وتخريجه على أنه ترك ابنًا وأمًّا وبنتًا فالفريضة من ستة للأم سهم والباقي بين الوارثين أثلاثًا لا يستقيم فاضرب ثلاثة في ستة فيكون ثمانية عشر للأم ثلاثة وللبنت خمسة وللابن عشرة ثم تحول نصيب البنت إلى الموصى له، ولو ترك ابنًا وامرأة وأوصى بنصيب ابن آخر لو كان فأجازوا فللموصى له سبعة وللابن سبعة وللمرأة سهم؛ لأنه أقام الموصى له مقام ابن لو كان، ومن ترك ابنين وامرأة فالفريضة من ستة عشر للمرأة سهمان ولكل ابن سبعة، فإذا ظهر نصيب الابن يكون للموصى له نصيب الابن سبعة ونصيب المرأة سهم فيضم سهم إلى سبعة ليكون لها ثمن الميراث فكانت القسمة من خمسة عشر للموصى له سبعة تأخذه قبل الميراث وللمرأة سهم وهو ثمن ما فضل من الوصية والباقي وهو سبعة للابن، وإن ترك ابنًا وأبًا وأوصى بمثل نصيب ابنه، فإن أجازوا فهي من أحد عشر خمسة للموصى له؛ لأنه لو كان معهما ابن آخر كان للأب

سدس المال والباقي بين الابنين نصفان ومخرج المسألة من اثني عشر، فإذا تبين أن نصيب الابن خمسة كان نصيب الأب بينهما، فإذا ضممت إليه نصيب الموصى له وذلك خمسة كان الكل أحدَ عشر، وإن أجاز أحدهما ولم يجز الآخر فاضرب سهام الإجازة في سهام غير الإجازة فيكون تسعة وتسعين؛ لأن عند إجازتهما كانت الفريضة من أحد عشر فعند عدم إجازتهما كانت الفريضة من تسعة فاضرب تسعة في أحد عشر فيكون تسعة وتسعين الثلث من ذلك ثلاثة وثلاثين هذا للموصى له بغير إجازة، ولو أجازا كان للموصى له خمسة مضروبا في تسعة فيكون خمسة وأربعين فالفاضل ما بينهما اثنا عشر سهما سهمان من ذلك للأب وعشرة للابن، فإن أجاز الأب تصح إجازته في نصيبه وذلك سهمان فيكون للموصى له خمسة وثلاثون وللأب تسعة وللابن خمسة وخمسون؛ لأن نصيب الأب أحد عشر حول بالإجازة سهمين منه إلى الموصى له فكان محسوبا عليه، فإن أجاز الابن صحت إجازته في نصيبه وذلك عشرة فيكون للموصى له ثلاثة وأربعون وللأب أحد عشر وللابن خمسة وأربعون؛ لأنه حول بإجازته من نصيبه عشرة إلى الموصى له، ولو ترك ابنًا وبنتًا وأوصى بمثل نصيب الابن فأجاز الابن ولم يجز البنت فالفريضة من خمسة وأربعين للموصى له سبعة عشر وللبنت عشرة وللابن ثمانية عشر، وتخريجه: أن الفريضة حال وجود الإجازة من خمسة سهمان للموصى له وسهمان للابن وسهم للبنت وحال عدم الإجازة منهما فالفريضة من تسعة للموصى له ثلث المال، فإذا أجاز أحدهما تضرب إحدى الفريضتين في الأخرى خمسة في تسعة فتصير خمسة وأربعين، ولو أجاز كان للموصى له خمسا المال وذلك ثمانية عشر خمسة عشر له من غير إجازة؛ لأنه ثلث مال الميت وثلاثة أسهم له بإجازتهما، فإذا أجاز الابن كان للموصى له من حصة الابن سهمان، فإذا ضممنا إلى خمسة عشر صار للموصى له سبعة عشر بقي ثمانية وعشرون ثمانية عشر للابن وعشرة للبنت، وإن أجازت البنت دون الابن فللموصى له ستة عشر وللابن عشرون وللبنت تسعة؛ لأن للموصى له ثلث المال بغير إجازة وهو خمسة يبقى ثلاثون للابن عشرون

وللبنت عشرة ولبنت بالإجازة حول سهما من نصيبها إلى الموصى له فيأخذ من نصيبها سهما فيصير له ستة عشر ويبقى لها تسعة.

(باب الوصية بالكمال لبعض الورثة)

(المبسوط): ولو ترك خمسة بنين وأوصى لأحدهم بكمال الربع بنصيبه ولآخر بثلث ما بقي من الثلث وأجازت الورثة فالفريضة من اثني عشر والنصيب اثنان وتكملة الربع واحد وثلث ما بقي واحد وتفسير كمال الربع أنه يعطي له نصيبه ويعطى له سهم زائد على نصيبه إلى كمال الربع وتخريجه وهو أن أقل حساب له ثلاثة وربع اثني عشر فيعطى الابن الموصى له بكمال الربع بنصيبه الربع وذلك ثلاثة وهو نصيبه مع الوصية بكمال الربع يبقى من الثلث سهم يعطي ذلك السهم للموصى له الآخر؛ لأنه هو الباقي من الثلث ثم يقسم الباقي وذلك ثمانية بين الباقي من البنين الأربعة أرباعا لكل ابن سهمان يظهر أن النصيب سهمان وكمال الربع سهم وقد خرجت المسألة من غير ضرب فلا حاجة إلى الضرب.

ولو ترك خمسة بنين وبنتًا وأوصى لأحد بنيه بكمال الربع بنصيبه وأجازوا فالفريضة من ستة وثلاثين والربع تسعة والنصيب ستة وكمال الربع ثلاثة ولكل ابن ستة وللبنت ثلاثة وتخرج من اثني عشر أيضًا.

أما تخريجه من ستة وثلاثين وهو أن أقل ما يخرج منه الربع أربعة فأعط للموصى له بكلا الحقين بالوصية وبالميراث ربعه وذلك سهم يبقى ثلاثة بين أربعة بنين وبنت ولا يستقيم على تسعة فاضرب أصل الفريضة وذلك أربعة في تسعة فصار ستة وثلاثين فأعط الموصى له ربعه وذلك تسعة يبقى سبعة وعشرون يستقيم على تسعة لكل ابن ستة وللبنت ثلاثة وحصل للموصى له بالميراث ستة وبالوصية كمال الربع ثلاثة فأما تخريجه من اثني عشر أن أصل الفريضة من أربعة فأعط للموصى له أربعة يبقى ثلاثة لا تستقيم على تسعة وبين ثلاثة وتسعة موافقة بالثلث فاضرب أصل الفريضة وذلك أربعة في ثلاثة فصار اثني عشر للموصى له ربعه وذلك ثلاثة يبقى تسعة يستقيم بينهم لكل ابن سهمان وللبنت سهم.

ولو ترك ثلاثة بنين وأوصى لبنته بكمال الربع وبثلثي ما بقي من الثلث وأجازوا فالثلث ستة عشر ونصيب البنت خمسة وكمال الربع تسعة وثلثي ما بقي ستة ولكل ابن عشرة فتخريجه على طريقة الحشو أن يأخذ سهام الورثة وذلك سبعة ثم اطرح سهم البنت تبقى ستة ثم اضربها في ثلاثة فتصير ثمانية عشر ثم اطرح منها سهمين تبقى ستة عشر وهذا ثلث المال والجميع ثمانية وأربعون والربع اثنا عشر والثلث ستة عشر ومعرفة نصيب البنت فخذ نصيبها وذلك سهم فاضربه في ثلاثة؛ لأنه أوصى بثلثي ما تبقى من الثلث فصار ثلاثة ثم اطرح منه سهما فيبقى سهمان ثم اضربها في ثلاثة فصار ستة ثم اطرح منه سهما لمكان الوصية الثانية لكن مخرج المسألة يبقى خمسة فهذا هو النصيب والتكملة سبعة؛ لأن التكملة ما فضل على النصيب إلى كمال الربع وذلك سبعة فأعط للبنت سبعة بالوصية بكمال الربع بقي من الثلث تسعة فأعط بالوصية بثلثي ما تبقى من الثلث ستة يبقى من الثلث ثلاثة ضمه إلى ثلثي المال وذلك اثنان وثلاثون فصار خمسة وثلاثين يقسم على ثلاثة بنين وبنت لكل ابن عشرة والبنت خمسة.

ولو ترك أربعة بنين فأوصى لأحدهم بكمال الثلث وبربع ما بقي من الثلث فالثلث ثلاثة عشر والنصيب ثمانية وكمال الثلث خمسة وربع ما يبقى سهمان وتخريجه على طريقة الحشو أن يؤخذ عدد البنين أربعة ثم يطرح نصيب الموصى له وذلك سهم ثم يضرب ثلاثة في مخرج الوصية الثانية وذلك أربعة فيصير اثني عشر ثم تزيد عليه سهما فيصير ثلاثة عشر وهذا ثلث المال ثم تضربه في ثلاثة حتى يظهر كل المال فيصير تسعة وثلاثين.

أما معرفة النصيب فاضرب سهم النصيب في ثلاثة فيكون ثلاثة ثم اطرح منها سهما يبقى سهمان ثم اضربهما في مخرج الوصية الثانية وذلك أربعة فتصير ثمانية فهي النصيب وتكملة الثلث خمسة؛ لأن تكملة الثلث ما فضل على النصيب إلى كمال الثلث وذلك خمسة؛ لأن بعد النصيب بقي من الثلث خمسة وربع ما بقي سهمان لأنا متى أعطينا من الثلث تكملة الثلث خمسة يبقى إلى تمام الثلث ثمانية وربع ثمانية سهمان وتخريجه على طريقة الجبر والمقابلة وهو أن يأخذ الثلث

ويعطى منه بكمال الثلث بالنصيب ثلث ذلك وهو سهم ثم يسترجع من ذلك النصيب شيئًا ويعطى منه بالوصية الثانية ربع ذلك يبقى ثلاثة أرباع شيء ضم ذلك إلى ثلثي المال وذلك سهمان فيصير سهمين وثلاثة أرباع شيء وحاجتك إلى أربعة أشياء لأنك استرجعت للنصيب شيئًا فثلاثة أرباع شيء يمثله تبقى حاجتك إلى ثلاثة أشياء وربع شيء فالسهام يعدلان ثلاثة أشياء وربع شيء والسهمان مال ناقص؛ لأن المال الكامل ثلاثة أسهم فأكمل المال ووجه الإكمال: أن يزيد عليه سهمًا فيصير ثلاثة ثم زد على مقابلته مثل نصفه وبمقابلته ثلاثة أشياء وربع شيء فزد عليه مثل نصفه ونصف ثلاثة أشياء وربع شيء وخمسة أثمان شيء فزد عليه شيئًا وخمسة أثمان شيء فصار أربعة أشياء وخمسة أثمان شيء فصار المال الكامل يعدل أربعة أشياء وسبعة أثمان شيء فانكسر الحساب بالأثمان فاجعل كل ثلث شيئًا فصار المال الكامل تسعة وثلاثين والنصيب ثمانية؛ لأنه كان شيئًا فصار ثمانية وتخريجه على طريقة الدينار والدرهم وهو أن يأخذ المال ثلاثة دنانير وثلاثة دراهم وتعطي بكمال الثلث دينارا ودرهما ثم استرجع منه للنصيب درهما وتعطي من ذلك بالوصية الثانية ربع ذلك يبقى معك ثلاثة أرباع درهم ضم ذلك إلى ثلثي المال وذلك ديناران ودرهمان وحاجتك إلى أربعة دراهم فدرهمان وثلاثة أرباع درهم بمثله بقي ديناران وحاجتك إلى درهم وربع درهم فانكسر الحساب بالأرباع فاجعل كل ربع سهما فصار الدرهم والربع خمسة أسهم والديناران ثمانية دنانير فصارت ثمانية دنانير تعدل خمسة دراهم فاجعل أجزاء كل واحد منهما مثل أجزاء الآخر فصار كل دينار خمسة دراهم وكل درهم ثمانية فتصير تسعة وثلاثين فهذا جميع المال والثلث ثلاثة عشر والنصيب ثمانية؛ لأن النصيب كان درهما فصار ثمانية وباقي الثلث بعد النصيب خمسة؛ لأنه كان دينارا فصار خمسة وتخريجه على طريق الخطأين وهو المال على اثني عشر لحاجتك إلى الثلث والربع ويعطي بكمال الثلث ثلاثة وهو أربعة ثم يسترجع بينهما سهما وتعطي بالوصية الثانية ربع ذلك يبقى ثلاثة أرباع سهم ضم ذلك إلى ثلثي المال وذلك ثمانية فصار ثمانية وثلاثة أرباع وحاجتك إلى أربعة أسهم فظهر الخطأ بزيادة أربعة وثلاثة أرباع فيجب أن

يزيد في النصيب سهما[1] وإن ترك ثلاث بنات وأبوين وامرأة وأوصى لإحدى بناته بكمال الثلث ولأخرى بكمال الخمس فالفريضة من مائة وخمسة والوصيتان أربعة عشر وكمال الثلث تسعة عشر وكمال الخمس خمسة وتخريجه على طريقة الحشو وهو أن مخرج الفريضة من أربعة وعشرين للبنات الثلثان ستة عشر قد انكسرت على ثلاث بنات فاضرب ثلاثة في أصل الفريضة وعولها فصار أحدًا وثمانين ثم اطرح نصيب الموصى لهما وذلك اثنان وثلاثون تبقى تسعة وأربعون فاضرب في مخرج الوصيتين وهو الثلاث والخمس وذلك خمسة عشر فيصير سبعمائة وخمسة وثلاثين وثلثه مائتان وخمسة وأربعون.

وأما معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك ستة عشر واضربها في سبعة ويجب أن تضرب في خمسة عشر كما ضربت أصل المال إلا أنا متى ضربنا النصيب في خمسة عشر يحتاج إلى بعد ذلك إلى أن يطرح ثلثها وخمسها وذلك ثمانية فيبقى سبعة فتضرب بالنصيب في سبعة في الابتداء قصرًا للمسافة فستة عشر في سبعة يكون مائة واثني عشر وهو النصيب وتكملة الثلث مائة وثلاثة وثلاثون وتكملة الخمس خمسة وثلاثون وبين أصل المال وبين النصيب موافقة بالتسع فيردّ كل حساب إلى سبعة فسبع سبعمائة وخمسة وثلاثون مائة وخمسة وسبعمائة واثنا عشر ستة عشر وسبعمائة وثلاثة وثلاثين تسعة عشر وسبع خمسة وثلاثون خمسة، وإن ترك ثلاثة بنين وامرأة وأوصى لأحد بنيه بثلاثة أرباع الثلث نصيبه ولا حتى بربع الثلث فالفريضة من مائتين وثمانية وثمانين للأجنبي أربعة وعشرون وللمرأة الثمن ثلاثة وثلاثون ولكل ابن سبعة وسبعون ولا وصية للابن وتخريجه على طريقة الحشو وهو أن أصل الفريضة من ثمانية للمرأة الثمن بقي سبعة وانكسر على ثلاثة بنين فاضرب ثلاثة في أصل الفريضة وذلك ثمانية فصار أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة ولكل ابن سبعة وثلث المال ثمانية وثلاثة أرباع ستة فهو أقل من نصيب الابن الموصى له؛ لأن نصيبه سبعة فيكون ميراثه أكثر من ثلاثة أرباع الثلث فالوصية له بقيت وصية الأجنبي وهي الوصية بربع الثلث فيحتاج إلى أن يضرب أصل الفريضة

---

(١) قبل هذه المسألة مقدار ثلاثة أسطر بياض قد أخلي له في الأصل إلى وإن ترك...

وهو أربعة وعشرون في حساب له ثلث صحيح ولثلثه ربع صحيح وأقل ذلك اثنا عشر فاضرب أربعة وعشرين في اثني عشر فتكون مائتين وثمانية وثمانين فهذا كل المال وثلثه تسعة وتسعون وربعه أربعة وعشرون، وإن ترك امرأة وثلاث أخوات وجدًّا وأوصى لإحدى أخواته بالثلث بنصيبها ولأخرى بخمسة أسداس الوصية وأجازوا فالفريضة مائتان وإحدى وستون فللأخرى خمسة وخمسون وما بقي للمرأة ربع خمسة وثلاثين وللجد عند زيد اثنان وأربعون ولكل أخت أحد وعشرون والمسألة مخرجة على قولهما وتخريجه على طريقة الحشو وهو أنا نحتاج إلى حساب له ربع وخمس وأقله اثنا عشر فاضرب أربعة وعشرين في اثني عشر للمرأة الربع خمسة يبقى خمسة عشر يقسم بين الجد والأخوات للذكر مثل حظ الأنثيين للجد ستة ولكل أخت ثلاثة ثم يطرح جميع نصيب الموصى لها بالثلث ويطرح من نصيب الموصى له الأخرى بخمسة أسداس نصيبها وذلك سهمان ونصف؛ لأن وصيتها مثل خمسة أسداس وصية الأولى؛ لأن الوصية الأولى ثلاثة أسهم وخمسة أسداس ثلاثة سهمان ونصف فصار المطروح خمسة ونصف بقي أربعة عشر ونصف فيضرب ذلك في مخرج الوصيتين ومخرجهما أقل حساب له ثلث ولثلثه سدس وذلك ثمانية عشر فاضرب أربعة عشر ونصف في ثمانية عشر يصير مائتين وأحد وستين فهو كل المال.

وأما معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك ثلاثة فاضربه في ثمانية عشر فيصير أربعة وخمسين ثم اطرح منه الثلث وذلك ثمانية عشر وخمسة أسداس الثلث وذلك خمسة عشر فيكون ثلاثة وثلاثين يبقى أحد وعشرون فهو النصيب وإن شئت طرحت من فريضة الوصيّة ثمانية عشر ثلثها وذلك ستة وخمسة أسداس الثلث وذلك خمسة فيكون أحد عشر يبقى سبعه فاضرب النصيب وذلك ثلاثة في سبعة فيصير أحد وعشرين فهو النصيب وثلث المال سبعة فيصير أحدًا وعشرين فهو النصيب وثلث المال سبعة وثمانون ومن أحد وعشرين إلى سبعة وثمانين ستة وستين فهي الوصية الأولى والوصية خمسة أسداس ذلك وهي خمسة وخمسون فقد بلغت سهام الوصايا مائة واحدًا وعشرين بقي من المال مائة وأربعون ربعه للمرأة

وما بقي يقسم بينهنّ وبين الحدّ أخماسا وأمّا عند أبي حنيفة يعطى لكل واحدة وصيتها كما وصف أجازت الورثة أو لم تجز ولأنهما ليستا من جملة الورثة فتصح الوصيّة لهما من غير إجازة الورثة فيعطى لهما وصيتهما فالباقي ربعه للمرأة وما بقي للحد، ولو ترك ابنًا وخمس بنات وأوصى لابنه بخمسة أسداس الثلث بنصيبه ولإحدى البنات بالخمس بنصيبها فالفريضة من ثلاثمائة وستين سهما فالوصية أحد وثلاثون للابن من ذلك ستة وللبنت خمسة وعشرون وما بقي على فرائض الله تعالى وتخريجه على طريقة الحشو وهو أن يقسم المال بين الورثة على سبعة ثم اطرح نصيب كل واحد من الموصى لهما وهو سهمان وسهم يبقى أربعة فاضربه في حساب له خمس وثلث ولثلثه خمسة أسداس وأقل ذلك تسعون فيصير جميع المال ثلاثمائة وستين، وأمّا معرفة النصيب فخذ النصيب وذلك سهم فاضربه في مخرج الوصية وذلك تسعون فيصير تسعين ثم اطرح منه خمسة أسداس ثلثه وذلك خمسة وعشرون وأيضا خمسة وذلك ثمانية عشر فتكون جملته ثلاثة وأربعين، فإذا طرحت من تسعين ثلاثة وأربعين يبقى سبعة وأربعون فهو النصيب وتكملة الخمس خمسة وعشرون؛ لأن تكملة الخمس ما فضل عن نصيب الابن إلى تمام خمس جميع المال وذلك اثنان وسبعون خمسة وعشرون فهذا القدر وصية للبنت وإن ترك ثلاث بنات وامرأتين وأبوين وأوصى لإحدى امرأتيه بالخمس بنصيبها والأخرى بالسدس بنصيبها وبربع ما بقي من الثلث فالفريضة من خمسمائة وأربعين الوصية مائة واثنان وستون لصاحب الخمس خمسة وثمانون ولصاحب السدس تسعة وستون وربع ما بقي ستة وما بقي على فرائض الله تعالى للمرأتين الثمن اثنان وأربعون وللأبوين مائة واثنا عشر وللبنات مائتان وأربعة وعشرون وتخريجه على طريقة الحشو فمحمد جعل الفريضة بين الورثة من ستة وإن كسر بعض السهام لئلا يطول الحساب للبنات الثلثان أربعة وللأبوين الثلث سهمان وللمرأتين الثمن وذلك ثلاثة أرباع سهم ثم اطرح نصيب المرأتين وذلك ثلاثة أرباع يبقى ستة فاضربها في مخرج الخمس والسدس؛ لأن إحدى الوصيتين بالخمس والأخرى بالسدس وأقل ذلك ثلاثون وستة في ثلاثين مائة وثمانين فهذا ثلث المال وجميع المال خمسمائة وأربعون،

وأمّا معرفة نصيب المرأتين فخذ ثلاثة أرباع سهم فاضربها في ثلثين كما ضربت أصل المال فيكون اثنين وعشرين ونصف ثم اطرح منه خمسه وسدسه وذلك ثمانية أسهم وربع سهم يبقى أربعة عشر سهما وربع سهم ثمّ اضرب ذلك في ثلاثة فيصير اثنين وأربعين وثلاثة أرباع ثم اطرح منه ثلاثة أرباع الوصية بربع ما بقي من الثلث يبقى اثنان وأربعون فهذا نصيبهما لكل واحدة منهما أحد وعشرون وخمس جميع المال مائة وثمانية، فإذا ذهب منه أحد وعشرون بالنصيب يبقى تسعة وثمانون فهذا القدر وصيّة لصاحب الخمس وتكملة السدس تسعة وستون يبقى من الثلث ثمانية عشر يضم إلى ثلثي المال وذلك ثلاثمائة وستون فيصير ثلاثمائة وثمانية وسبعين يقسم على فرائض الله تعالى، وإن ترك خمس بنات وأبوين وأوصى لإحدى بناته بالثلث بنصيبهما وبثلاثة أرباع الوصيّة لأخرى وأقر الأب بابن وأنكر البنات وأجازوا الوصية فالفريضة من ثمانمائة وثمانية وعشرين، الوصية ثلاثمائة وثمانية وعشرون لصاحبة الثلث مائتان وستة عشر وميراثها ستون وللأخرى مائة واثنان وستون يدخل الابن في نصيب الأب فيأخذ منه أربعين من خمسة وسبعين فمحمد خرج المسألة من ثمانمائة وثمانية وعشرين ويمكن تخريجها من مائتين وستة وسبعين وهو ثلث ما خرّجه محمد وهو أن يقسم المال بين الورثة على ستة للأبوين السدسان وللبنات الثلثان أربعة وهي لا تقسم على خمس بنات فاضرب ستة في خمسة فيصير ثلثين سدساه عشرة للأبوين لكل واحد خمسة وثلثاه عشرون للبنات لكل واحدة أربعة ثمّ اطرح نصيب صاحب الثلث وهو أربعة واطرح ثلاثة أرباع الأخرى وذلك ثلاثة؛ لأنه أوصى لها بثلاثة أرباع وصيّة الأولى فتكون سبعه تبقى ثلاثة وعشرون فاضربها في مخرج الوصيّة وأقل حساب له ثلث وربع اثني عشر فيصير مائتين وستة وسبعين هذا كل المال.

وأمّا النصيب فخذ النصيب وذلك أربعة فاضربها في اثني عشر كما ضربت أصل المال فيصير ثمانية وأربعين ثم اطرح منه ثلاثة وذلك ستة عشر واطرح أيضا ثلاثة أرباع الثلث فيكون جملة ذلك ثمانية وعشرين يبقى عشرون وهو النصيب وثلث المال اثنان وتسعون فمتى ذهب منه النصيب وذلك عشرون يبقى تكملة

الثلث اثنان وسبعون؛ لأن تكملة الثلث ما فضل عن النصيب وهذه وصية للموصّى لها بالثلث وثلاثة أرباع تكملة الثلث أربعة وخمسون فهذه وصيّة ولصاحبة ثلاثة الأرباع فكانت الوصايا مائة وستة وعشرين يبقى من المال مائة وخمسون سدساها للأبوين خمسون لكل واحد خمسة وعشرون وللبنات مائة لكل بنت عشرون تضم إلى وصية صاحبة الثلث وذلك اثنان وسبعون فيصير اثنين وتسعين وهو ثلث المال مع نصيبها ويضم عشرون إلى وصيّة الموصى لها الأخرى وذلك أربعة وخمسون فتصير أربعة وسبعين، عشرون ميراثها وأربعة وخمسون وصيتها ونصيب الأب خمسة وعشرون يقسم بينه وبين الابن المقرّ له على خمسة عشر سهما ثمانية أسهم للابن وسبعة أسهم للأب على زعمه؛ لأن في زعمه أن الورثة أبوان وخمس بنات وابن للأبوين السدسان والباقي من البنات والابن على سبعة، للابن ثمانية ولكل بنت أربعة فنضرب ستة في سبعة فتصير اثنين وأربعين سُدُسَاه للأبوين وذلك أربعة عشر والباقي وذلك ثمانية وعشرون بين الابن والبنات على سبعة للابن ثمانية ولكل بنت أربعة فظهر أن نصيب الابن ثمانية ونصيب الأب سبعة على زعمه فيقسم خمسة وعشرين بينهما على خمسة عَشَر حتى لا يطول الحساب والله أعلم.

كتاب العين والدين

يحتاج إلى معرفة: تفسير العين والدين، وأنواع الوصيّة بهمَا، وأحكامهما.

أمّا تفسيرهما: قال أبو يوسف في (المنتقى): رجل أوصى بثلث العين والعين الدنانير والدّراهم دون التبر والحلي والعروض والثياب، والدين كل شيء يكون دينًا واجبًا في الذمة من ذهب وفضة وحنطة ونحو ذلك؛ لأن العين متى أطلق على المال ينصرف إلى المال الصامت وهو الذهب والفضة المضروبة وغيرهما يسمى في اللغة عروضًا وسلعةً وحليًا وصياغة.

وأما أنواع الوصية بهما: فالوصيّة نوعان: مرسلة ومقيدة.

فالمرسلة: أن يوصي بجزء شائع من ماله نحو أن يوصي بثلث ماله أو ربعه.

والمقيدة: أن يوصي بثلث مال بعينه بأن يوصي بثلث دراهمه أو دنانيره أو بثلث الغنم أو بثلث الدين.

وأمّا حكمهما:

فحكم الوصية المقيدة: أن يكون حقه مقدمًا على حق الورثة وعلى الوصية المرسلة ولو هلك شيء منها قبل القسمة يصرف الهلاك إلى الورثة لا إلى الموصى له حتى لو كانت الوصيّة تخرج من ثلث مال الميت، فإن كان له مال آخر يعطى للموصى له كل الموصى به؛ لأنه قيدها بنوع من المال فتقيد بذلك النوع، ولهذا لا يزداد حقه بزيادة مال الميت فكذلك لا ينتقص بنقصانه؛ لأن حقّه لم يثبت شائعا في جميع التركة فكان حقه مقدمًا على حق الورثة لقوله تعالى: ﴿مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ﴾ [النساء: ١٢] فصار الهلاك مصروفا إلى المؤخر حقه لا إلى المقدم حقه؛ لأنه ما لم يفصل عن الوصية لا يصير حقا للورثة.

وأما حكم الوصيّة المرسلة: أن صاحبها بمنزلة واحد من الورثة؛ لأن حقه ثبت شائعا في جميع التركة حتى يزداد حقه بزيادة المال وينتقص بانتقاصه كحق الورثة

وصارت التركة كالمشتركة بينه وبين الورثة فما توى شيء من التركة يتوي على الشركة وما بقي على الشركة فكان وارثا حكمًا ومعنى موصى له إنما العبرة للحكم والمعنى وبهذا لو اجتمع في التركة وصية مقيدة ووصيّة مرسلة تقدم الوصيّة المقيدة ثم تقاسم الوصيّة المرسلة مع الورثة على قدر حقوقهم.

(باب الهلاك والاستحقاق على التركة وفيها الوصية)

(المبسوط): ترك ثلاثمائة درهم وثلاثين دينارًا وأوصى لرجل بثلث ماله فما هلك واستحق فهو على الحقين؛ لأن الوصية مطلقة مرسلة؛ لأنه أضاف الوصية إلى جميع ماله على العموم والشمول والشيوع فيكون له ثلث كل شيء من ماله فكان شريكا في التركة بمنزلة أحد الورثة فما هلك يهلك على الشركة.

وإن أوصى بثلث الدراهم وثلث الدنانير ثم هلك عشرون دينارا بعد موت الموصي أو قبل موته كان له ثلث ما بقي نصفه من الدنانير ونصفه من الدّراهم؛ لأن هذه وصية مقيدة؛ لأنه أوصى له بثلث دراهمه ودنانيره وقد قيد الوصية. بنوع مال خاص ولم يضفها إلى مال مرسل فكانت وصيّة مقيدة فيتعلق بذلك المال بقاء وبطلانًا فيعطى له ثلث ماله يوم القسمة وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلث ونصف ثلثه من الدنانير وذلك ستة دنانير وثلثا قيمتها ستة وستون درهما وثلثان ونصفه من الدّراهم وذلك ستة وستون وثلثان؛ لأن حقّهُ في المالين على السواء، فإنه أوصى له بمائة درهم من الدراهم ومن بالعشرة من الدنانير وقيمتها مائة درهم؛ لأن الهلاك مصروف إلى حق الورثة بقي حق الموصى له في العشرة الدنانير بعد الهلاك لما كان قبل الهلاك إلا أنه ليس له مال غيرهما فيعطى له ثلث ماله يوم القسمة كي لا يصير الموصى له آخذا أكثر من ثلث ماله.

ولو كان أوصى بسدس الدّراهم وبسدس الدنانير أخذ السدس كله من الباقي؛ لأن الهلاك مصروف إلى حق الورثة ففي حق الموصى له في سدس جميع الدنانير وذلك خمسة دنانير كما كان قبل الهلاك وكان له خمسة دنانير من العشرة الباقية

وخمسون درهما من الدراهم، وكذلك الإبل والبقر على هذا وإذا مات عن ألف درهم وثلاثة أعبد وأوصى لرجل بسدس الأعبد وبسدس الدراهم عند أبي حنيفة وعندهما في الوجه الأول له سدس من العبيد من العبد الباقي مثل الثلث مثل الدراهم والدنانير والدار الواحدة كالدراهم والدنانير إنفاقا؛ لأن عند أبي حنيفة العبيد لا تقسم جملة إلا بالتراضي فتعذّر صرف الهلاك كله إلى حق الورثة وجميع الوصيّة كلها في الباقي؛ لأن في صرف الهلاك إلى الورثة خاصة وفي جميع الوصيّة كلها في الباقي جمع نصيب بعض الشركاء في بعض العبيد حال هلاك البعض فيعذر حال قيام الكل بالقسمة، وكذلك حاله الهلاك، فإذا تعذّر كان ما يهلك يهلك على الشركة وما بقي يبقى على الشركة ففي هذا الوصية المطلقة والمقيدة سواء وعندهما العبيد يقسم جملة فأمكن جمع حق الورثة في الهالك وجمع حق الموصى له في الباقي والدار الواحدة تقسم فكان الهلاك كله مصروفا إلى حق الورثة وبقي حق الموصى له في سدس جميع الدار على حاله فيما بقي، ولو كانت ثلاثة دور فاستحقت داران وقد أوصى بسدس ماله أو بسدس الدور وسدس الدّراهم فله سدس الدار الباقية وسدس الدراهم في الوجهين جميعًا، وكذلك الثياب المختلفة؛ لأن الدور مما لا تقسم عندهم جملة فلم يمكن جمع حق الورثة فيما هلك وجمع الوصيّة فيما بقي فكان ما هلك هلك على الشركة وما بقي بقي على الشركة في المطلقة والمقيدة، وإذا مات عن ألف وعبد قيمته ألف وأوصى أن يعتق عبده ولرجل بثلث ماله ولآخر بسدس الألف فالثلث بينهم على أحد عشر للعبد ستة ولصاحب الثلث أربعة وللآخر واحد ففي هذه المسألة يقسم على سبيل العول والمضاربة لا على سبيل المنازعة بالإجماع؛ لأن المنازعة لا تتحقق هاهنا؛ لأنه لم يجتمع في رقبة العبد وصيتان؛ لأن حق الموصي بالثلث في السعاية لا في الرقبة؛ لأن الموصى له ثلث مال مطلق بمنزلة أحد الورثة وحق الورثة في السعاية إذا كان العبد موصى بعتقه لأنّهم لا يملكون العبد الموصَّى بعتقه، وإن كان لا يخرج من الثلث؛ لأنه معتق البعض ومعتق البعض لا يملك، وكذلك الموصى له بالثلث مرسلًا على سبيل العول والمضاربة والوجه فيه أنا نحتاج إلى فريضة لها نصف

وثلث ونصف سدس؛ لأن العبد موصى له بنصف ماله؛ لأن ماله ألفان ألف وعبد قيمته ألف ولآخر بثلث ماله ولآخر بنصف ماله وأقل حساب تخرج منه هذه السهام اثني عشر فنصفه ستة وثلاثة أرباعه ونصف سدسه سهم فيكون له أحدَ عشرَ، فإذا صار الثلث على أحد عشرَ صار كله ثلاثة وثلاثين فالعبد من ثلث المال ستة والعبد من جميع المال نصفه وذلك ستة عشر ونصف فيعتق منه ستة أجزاء ويسعى في عشرة ونصف سهم وللموصى له بالسدس جزء واحد من أحدَ عشر من الثلث فيكون له ذلك من الألف بعينها؛ لأن وصيته قيدت بها والموصى له بالثلث أربعة أجزاء من أحد عشر جزءًا من ثلث المال يبقى اثنان وعشرون ضعف ذلك للورثة فقد استقام الثلث والثلثان.

ولو استحق نصف العبد وضاع نصف الألف فالثلث على ستة ثلاثة للعبد وسهمان لصاحب الثلث وسهم لصاحب السدس؛ لأنه لما استحق نصف العبد انتقص نصف وصية العبد فبقيت وصيته في ثلاثة أسهم فلما ضاع نصف الألف انتقص نصفه وصية الموصى له بالثلث وهو سهمان لأنها ضاعت عليه وعلى الورثة؛ لأنه بمنزلة أحد الورثة ووصيّة صاحب السدس باقية على حالها في سهم واحد؛ لأن وصيته مقيدة بالألف فصار الهلاك مصروفا إلى الورثة؛ لأن وصيته تخرج من ثلث ماله إذا كان له سدس الألف بعينها فلما ضاع نصفها انقلب سدسه ثلث ما بقي؛ لأن سدس الكل ثلث النصف، فإذا صار ثلث المال ستة صار الجميع ثمانية عشر ونصفه تسعة فيعتق من العبد ثلاثة أجزاء من تسعة ويسعى في ستة فيضم ذلك إلى النصف الآخر فيصير كله خمسة عشر للموصى له بالسدس سهم من تسعة من الخمسمائة الباقية يبقى أربعة عشر فيقسم المال على أربعة عشر سهمان لصاحب الثلث سهمان واثنا عشر للورثة وخرجه محمد على سبعة؛ لأن بين نصيب صاحب الثلث وذلك سهمان وبين نصيب الورثة وهو اثنا عشر موافقة بالنصف فاقتصر من نصيب كل واحدٍ على نصفه فصار سبعة.

(باب الوصية في العين والدين، والدين على بعض الورثة)

(المبسوط): أصله: أن التركة متى كان بعضها قائمة وبعضها تاوية تقسم القائمة

من الورثة والموصى له على السهام التي تقسم لو كانت كلها قائمة اعتبارًا للبعض بالكل ثم ما أصاب المديون من العين القائمة من التركة جعل قصاصا بما عليه إذا كان ما عليه مثل حقه في العين أو أكثر، وإن كان أقل فبقدره وهذا إذا كانت التركة من جنس الدين وإن كانت من خلاف جنسه، فإن كانت عروضا والدين دراهم أو دنانير ففي رواية الوصايا أنه يجعل نصيبه قصاصا بما عليه وهو القياس وفي رواية هذا الكتاب يُحبَس عنه نصيبه من العين حتى يوفي ما عليه استحسانا، فإن لم يوف وطلب صاحب الدين من القاضي أن يبيع نصيبه يبيع القاضي ويقضي من ثمنه دينه ثم المسائل على فصول:

أحدها: في الوصية بالسهام المبهمة.

والثاني: في الوصيّة بالدراهم والسهام المعينة.

والثالث: في الوصيّة بالدّراهم والعروض.

(الفصل الأول)

رجل مات وترك ابنين ومائة درهم وعينا ومائة درهم دينا على أحد ابنيه وأوصى لرجل بالثلث كان له نصف العين والنصف لغير المديون؛ لأن العين تقسم بينهم أثلاثًا ثلاثة للموصى له وثلاثة لمن لا دين عليه وثلاثة للمدين إلا أن المدين لا يعطى نصيبه؛ لأن ما عليه أكثر مما له والتركة من جنس الدين فتحسب قصاصا بما عليه فتقسم العين بين الموصى له وبين الابن الآخر نصفين، فإن أيسر الابن المدين ذهب بحصته مما عليه ستة وستين وثلثين ويؤدي ثلاثة وثلاثين وثلث بين الابن غير المدين والموصى له نصفين؛ لأن حقهما سيان.

ولو أوصى بربع الدين والعين كان له نصف العين؛ لأن جميع مال الميت مائتا درهم للموصى له ربعه وذلك خمسون يبقى مائة وخمسون لكل ابن خمسة وسبعون إلا أنه لا يعطى للمدين شيء من العين بل يطرح عليه نصيبه من الدين؛ لأنه لا فائدة في ذلك فيطرح مما عليه نصيبه وذلك خمسة وسبعون ويؤدي ما بقي عليه وهو خمسة وعشرون ويقسم ذلك مع المائة العين بين الموصى له وبين غير المدين على خمسة أسهم، خمساه للموصى له وذلك خمسون وثلاثة أخماسه للابن غير المدين.

ولو أوصى بخمس العين والدين أخذ الخمس كله من العين أربعين درهما

وستون للابن الذي لا دين عليه وبين المدين عن مثلها وفرق بين الوصية بخمس مطلق وبين الوصية بخمس مقيد والفرق أن الوصية بالعين والدين وصية مقيدة والموصى له المقيد يضرب بجميع وصيته يوم القسمة إذا كانت وصيته تخرج من ثلث ماله لما بينا وهنا وصيته تخرج من ثلث ماله؛ لأن وصيته من العين والدين أربعون درهما مبهما وقد خرج من العين قدر وصيته وزيادة فيأخذ وصيته من العين وذلك أربعون، فأمَّا الموصى له المطلق يضرب في المال بقدر خمس ماله العين يوم القسمة؛ لأن حقه في المال المطلق المرسل فيكون له خمس ماله المرسل وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث من العين.

ولو أوصى لرجل بربع ماله ولآخر بثلث ماله كان نصف المال بينهما على سبعة ثلاثة لصاحب الربع وأربعة لصاحب الثلث؛ لأن أصل الفريضة من ثلاثة إذا لم يجز الورثة، سهم للموصى له بقي سهمان بين الاثنين نصفان لكل واحد سهم إلا أن نصيب المدين من العين يطرح؛ لأن ما عليه أكثر ممّا له فأقيم المائة العين بين الابن غير المدين وبين الموصى له نصفان لكل واحد خمسون ويحسب للابن المدين مما عليه خمسون مثل ما حصل للابن غير المدين فصار العين من مال الميت حقيقة وحكمًا مائة وخمسون مائة عين حقيقة وخمسون عينا حكما وهو قدر ما استوفاه الابن المدين وبقي على المدين خمسون تاويا ما دام معسرًا فلا بد من مال الميت ثم ما أصاب الموصى له من نصف العين يقسم بينهما على سبعة؛ لأن أقل حساب له ثلث وربع اثني عشر فحق الموصى له بالثلث في أربعة وحق الموصى له بالربع في ثلاثة فصارَ جميع ذلك سبعة فاقسم الثلث على سبعة أربعة لصاحب الثلث وثلاثة لصاحب الربع، فإن أيسر الابن المدين وقدر على الأداء اعتبر المال كله فيكون بين الورثة والموصى لهما أثلاثًا ثم ما للموصى لهما على سبعة؛ لأنه لما أيسر ظهر أن مال الميت كان مائتان فيكون ثلث ماله ستة وستين وثلثين فيقسم بين الموصى لهما على سبعة كما وصفنا، وإذا كان له مائة درهم عينا ومائة دينًا على امرأته ثم مات وترك امرأته وابنه وأوصى بثلث ماله لرجل قسم العين بين الابن والموصَّى له على أحد عشر للموصى له أربعة، فإن قدرت المرأة على الأداء كان للموصى له ثلث كل المال ستة وستون وثلث وللمرأة ثمن الباقي ستة عشر وثلثان

ويؤدي الفضل، فإذا أدّت قسم بين الابن والموصى له على أحد عشر وتخريجه أن أصل الفريضة من ثلاثة سهم للموصى له بقي سهمان بمن ذلك للمرأة وقد انكسرَ بالثمن وبين سهمين وبين ثمانية موافقة بالنصف فاقتصر على أربعة فاضرب ثلاثة في أربعة فصار اثني عشر للموصى له أربعة وللمرأة سهم وللابن سبعة ثم اطرح نصيب المرأة وذلك سهم يبقى أحد عشر سهما فاقسم المائة العين على أحد عشر للموصى له أربعة والباقي للابن نصفان ويؤدي الباقي ويكون بين الموصى له والابن الذي لا دين عليه أثلاثًا؛ لأن حق الموصى له في أربعة وقد وصل إليه بلا يد دراهم وسدس بقي إلى تمام حقه خمسة أسداس درهم وحق الابن في سبعة ونصف وقد وصل إليه خمسة دراهم وخمسة أسداس بقي إلى تمام حقه درهم وثلثان فيكون ضعف حق الموصى له فيكون بينهما أثلاثًا كما قسما العشرة العين بينهما أثلاثًا ولو ترك اثني عشر درهما عينا واثني عشر دينًا على أحد ابنيه وهو معسر وأوصى بسدس العين لرجل وبسدس ماله لآخر أخذ صاحب سدس العين درهمين ويأخذ صاحب سدس المال ثلاثة دراهم وسبع درهم يبقى ستة وستة أسباع درهم لغير المدين ويحسب للابن المدين بمثله وتخريجه أن أصل الفريضة من ستة فاجعل المال العين على ستة للموصى له السدس يبقى خمسه بين الاثنين نصفين انكسر فأضعف فصار اثني عشر للموصى له سهمان ولكل ابن خمسة فاطرح نصيب المدين يبقى سبعه فتقسم العين وذلك اثنا عشر بين الموصى له بالسدس وبين الابن على سبعة سهمان للموصى له وهما سبعيه وذلك ثلاثة دراهم وثلاثة أسباع درهم من اثني عشر فزد على ذلك وصية الموصى له بسدس العين وذلك درهم وخمسة أسباع درهم فيصير كله خمسة دراهم وسبع درهم فهو للموصى لهما يعطى للموصى له سدس العين من ذلك درهمان تمام وصيته؛ لأن وصيته مقيدة ولا تواء عليه فتكون مقدمة على وصية الآخر يبقى ثلاثة وسبع درهم للموصى له بسدس المال وقد بقي من العين ستة وستة أسباع درهم وهو لغير المدين، فإن أيسر المدين وقدر على أداء الدين أدى ثلاثة دراهم وهي بين الابن الآخر وصاحب سدس المال أسباعًا سبعاها لصاحب السدس ويحسب للمدين مما

عليه تسعة دراهم؛ لأن مال الميت كله أربعة وعشرون لصاحب سدس المال أربعة ولصاحب سدس العين درهمان فسهام وصيتهما ستة دراهم، فإنه أقل من ثلث ماله تبقى ثمانية عَشَر للابنين نصفان لكل ابن تسعة وقد وصل إلى الابن المدين بالقسمة الأولى ستة دراهم وستة أسباع درهم بقي إلى تمام تسعة درهمان وسبع فيبرأ المديون عن تسعة مما عليه ويؤدي الفضل وذلك ثلاثة دراهم، فإذا أدى ثلاثة لا يكون لصاحب سدس العين منها شيء؛ لأنه وصل إليه كمال حقّه في القسمة الأولى وذلك درهمان فيقسم بين الابن غير المدين وبين صَاحب سدس المال على سبعة كما قسمها العين بينهما على سبعة فتكون للموصى له سبعة وذلك ستة أسباع درهم صار أربعة دراهم وأنه سدس جميع المال يبقى للابن درهمان وسبع يضم إلى ما وصل إليه بالقسمة الأولى وذلك ستة دراهم وستة أسباع فيصير له تسعة.

مات وترك ابنًا وامرأة وترك مائة درهم دينًا على امرأته وهي معسرة ومائة عينًا ولا مال له غيره وقد أوصى لرجل بعشرين درهما ولآخر بربع ماله ولآخر بما بقي من ثلثه ولم تجز الورثة فالوصية بما بقي باطلة وتقسم العين على أحد عشرَ ما أصاب أربعة لأصحاب الوصايا وما أصاب سبعة للابن غير المدين وتبرأ المرأة عن سبعة دراهم وجزء من أحد عشر جزءًا من درهم ثم ما أخذه أصحاب الوصايا بينهم على ستة وعشرين خمسة عشر لصاحب الربع وأخذ عَشَر للموصى له بعشرين درهما.

أما الوصية بما بقي باطلة؛ لأن ثلث ماله يضيق عن الوصيتين؛ لأن جميع ماله عينا مائة وخمسون فيكون ثلثه خمسين وقد أوصى بربع ماله وذلك سبعة وثلاثون ونصف وللآخر بعشرين فتكون جملته سبعة وخمسين ونصفًا وذلك أكثر من ثلث ماله حال إعسار المديون وحال اليسار قلب ماله ستة وثلاثين وثلثين وقد أوصى بسبعين؛ لأن الوصيَّة بالربع خمسون ووصية الآخر عشرون فتكون الوصيتان أكثر من ثلث ماله في الحالين فبطلت الوصية بما بقي من الثلث؛ لأن لا يبقى شيء من ثلث ماله فيقسم المائة العين بين الموصى لهما وسهمان بين الابن والمرأة على ثمانية لا يستقيم وبين سهمين وثمانية موافقة بالنصف فاضرب جميع أصل الفريضة وذلك ثلاثة في أربعة فصار اثني عشر أربعة للموصى لهما وثمانية للورثة ثم اطرح نصيب المرأة وذلك أحد عشر فاجعل المائة العين على أحد عشرَ فما أصاب أربعة فهو للموصى لهما وما أصاب سبعة فهو للابن ويحسب للمرأة ممَّا عليهَا جزء من

أحد عشر جزءًا وذلك بالدرهم تسعة دراهم وجزء من أحد عشر جزءًا من درهم من مائة ثم ما أخذه الموصى لهما بينهما على ستة وعشرين؛ لأن صاحب الربع يضرب بثلاثة أسهم لا بد متى صار جميع ماله اثني عشر يكون له ربع ذلك ثلاثة وصاحب عشرين عشرين يضرب بعشرين؛ لأن وصيته مقيدة، فإذا كان حق أحدهما سهام وحق الآخر دراهم فاجعل الدراهم سهاما حتى يصير الحساب كله من جنس واحد فيضرب مبلغ السهام من ذلك اثني عشر في مائة فيصير ألفًا ومائتين مع نصيب المرأة فالثلث من ذلك للموصى لهما وذلك أربعمائة وهو بالدراهم ستة وثلاثون درهما وأربعة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم؛ لأن كل مائة تسعة دراهم وجزء من أحد عشر جزءًا من مائة فيصيب صاحب الربع سبعة وعشرين درهما وثلاثة أجزاء من درهم فاضربه بذلك في أحد عشر فيصير ثلاثمائة وصاحب عشرين يضرب بعشرين في أحد عشر فيصير مائتين وعشرين فاقتصر من نصيب كل واحد منهما على نصف عشره فيكون أحدهما خمسة عشرَ والآخر أحد عشر فيكون كله ستة وعشرين فيقسم نصيبهما من العين على ذلك وإذا قدرت المرأة على الأداء فقد صار المال كله عينا ثلاثة للموصى لهما بينهما على سبعين فما أصاب خمسين لصاحب الربع وما أصاب عشرين للآخر؛ لأنه ازداد حق الموصى له بالربع، فإنه صار خمسين درهما وحق صاحب عشرين لم يزدد فتعاد القسمة فيما بينهما فاجعل كل عشرة سهما فصار سبعين بسبعة أسهم فصار ثلث ماله مقسوما ما بينهما على سبعة أسهم حالة اليسار سهمان لصاحب عشرين وخمسة لآخر وللمرأة ثمن الباقي مما عليها ويؤدي الفضل ويقسم ما أدت بين الابن والموصى لهما كما قسم الأصل.

(الفصل الثالث)

ولو ترك على أحد ابنيه ألف درهم وترك دارًا قيمتها ألف وأوصى لرجل بثلث ماله كان لصاحب الثلث ثلث الدار ولكل ابن ثلثها إلا أن القاضي يقول للمدين أدّ ثلثي الألف وإلا بعث ثلث الدار، وكذلك كل مكيل أو موزون سوى العين قبل هذا قولهما أن للقاضي بيع مال المدين المعسر فأمّا في قول أبي حنيفة يحبس نصيب المدين من الدار حتى يبيع بنفسه أو يوفي الدين ولا يبيعه القاضي وقبل هذا قولهم

جميعا وهو الظاهر فلا يكون هذا حجرا عليه؛ لأنه كان محجورًا عن البيع قبل القبض؛ لأنه لم يثبت له إطلاق التصرف في التركة لقيام الدين عليه فبيع القاضي بغير رضاه لا يكون حجرا عليه بل يكون إيفاءً لما عليه من الدين رجل أعتق في مرضه عبدًا قيمته ثلاثمائة درهم وله على أحد ابنيه ثلاثمائة درهم وهو معسر يسعى العبد في نصف قيمته للابن غير المدين ويرجعان جميعا على المدين بمائة فتكون بينهما نصفين؛ لأن العتق في مرضه وصية فقد أوصى للعبد بجميع ماله العين فتجوز الوصية بقدر الثلث إذا لم يجز الورثة فيجعل المال العين وهو العبد على ثلاثة أسهم للعبد سهم ولكل ابن سهم ثم اطرح نصيب المديون يبقى سهمان فاجعل العبد على سهمين نصفه للعبد فيعتق نصفه ويسعى في نصف قيمته وذلك مائة وخمسون لغير المدين ويحسب للمدين مما عليه مائة وخمسون فصار مال الميت عينا أربعمائة وخمسين وقد نفذنا الوصية في ثلثه وذلك مائة وخمسون وقد توى على المديون مائة وخمسون فلا يحسب من مال الميت ما دام معسرًا، فإذا أيسر المديون فقد جنى مال الميت مائة وخمسون يبرأ المديون عن خمسين وقد وصل إليه بالقسمة الأولى مائة وخمسون فقد تم نصيبه وذلك مائتان ويؤدّي مائة فيكون المؤدى بين العبد والابن الآخر نصفين تكميلا لحق كل واحد منهما في الثلث وإذا مات عن ابنين وعلى أحدهما مائة درهم دين وترك مائة عينا وترك ثوبًا يساوي خمسين وأوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بالثوب فعند أبي حنيفة يقسم المائة العين والثوب بين الابن الذي لا دين عليه وبين أصحاب الوصايا على ستة وعشرين سهمًا فما أصاب خمسة لصاحب الثوب في الثوب ويضم ما في الثوب إلى المائة العين بين الموصى له بالثلث والابن غير المدين على أحد وعشرين ثمانية منها لصاحب الثوب وثلاثة عشر للابن غير المدين؛ لأنه اجتمع في الثوب وصيتان وصية بالجميع ووصية بالثلث فيجعل الثوب على ستة أسهم أربعة أسهم للموصى له بالثوب بلا منازعة؛ لأنه لم ينازعه في ذلك صاحب الثلث بقي سهمان استوت منازعتها فيهما فينصف بينهما فجعل لصاحب الجميع خمسه ولصاحب الثلث سهم ومتى جعل الثوب على ستة أسهم صارت المائة العين على اثني عشر

لأنها ضعف قيمة الثوب فيكون لصاحب الثوب ثلث ذلك وذلك أربعة وصار الثوب مع المائة العين ثمانية عشر سهما فيكون الخارج من الدين نصف ذلك وهو تسعة أسهم؛ لأنه متى كانت الوصية بالثلث كان المال بين الموصى له وبين الابنين أثلاثًا لكل واحد ثلثه فمتى كان المال العين ثمانية عشر كان الخارج من الدين تسعة فيكون للموصى له ثلث الخارج وذلك ثلاثة أسهم؛ لأن له ثلث كل مال فحصل له ثمانية أسهم سهم من الثوب وأربعة من المائة العين وثلاثة من الخارج من الدين فقد بلغ سهام الوصايا ثلاثة عشر فاجعل ثلث المال على ثلاثة عشر وصار الجميع سبعة وثلاثين ثلاثة عشر للموصى لها وستة وعشرين للابنين لكل ابن ثلاثة عشر ثم اطرح نصيب المديون وذلك ثلاثة عشرَ؛ لأن ما عليه أكثر ممَّا له تبقى ستة وعشرين فاجعل المائة العين والثوب كله على ستة وعشرين الثوب من ذلك على ثمانية أسهم وثلثي سهم؛ لأن قيمة الثوب قدر ثلثه وثلث ستة وعشرين ثمانية وثلثان فأعط الموصى له بالثوب من الثوب خمسة أسهم بقي من الثوب ثلاثة أسهم وثلثان فيضم إلى المائة العين وذلك سبعة عشر وثلث فصار أحد وعشرين فيقسم بين الموصى له وبين الابن غير المدين على ذلك ثمانية لصاحب الثوب وثلاثة عشر للابن غير المدين إلا أنه ينظر إلى ما حصل في أيديهما من الثوب فيقسم على أربعة وثلاثين ثمانية لصاحب الثوب وثلاثة عشر لغير المدين وثلاثة عشر يوقف للمديون، فإن أدى الدين سلم ذلك إليه وإلّا يباع عليه ويعطى ثمنه من الابن غير المدين، وإن أدى المدين الدين فقد يعين كل المال فيقسم على اثنين وأربعين سهما خمسة للموصى له بالثوب في الثوب ثم يضم باقي الثوب إلى باقي المال فيقسم على سبعة وثلاثين سهما تسعة منها لصاحب الثوب والباقي بين الابنين نصفين؛ لأن جميع مال الميت صار عينًا وذلك مائتان وخمسون فيجعل الثوب على ستة، خمسة منها للموصى له بالثوب وسهم للموصى له بالثلث ولما صار الثوب على ستة صارت المائتان أربعة وعشرين كل خمسين ستة أسهم ثلث ذلك للموصى له وذلك ثمانية فصار له تسعة فقد بلغ سهام الوصايا أربعة عشر خمسة للموصى له بالثوب وسبعة للموصى له بالثلث، فإذا لم يجز الورثة يجعل ثلث المال على مبلغ سهام

الوصايا وذلك أربعة عشر فصار الجميع اثنين وأربعين ثم الباقي على نحو ما ذكرنا وهذا قول أبي حنيفة وعندهما إذا لم يؤَدِّ الابن ما عليه قسم الثوب والمائة العين عشرة سهمان للموصى له فالثوب والباقي من الثوب والمائة تقسم على ثمانية ثلاثة لصاحب الثوب وخمسة للابن غير المدين وتخريجه على سبيل العول والمضاربة أن الموصى له بالثلث يضرب بجميعه وذلك ثلاثة والموصى له بالثلث يصير بثلاثة وذلك سَهمٌ فصار الثوب على أربعة أسهم ومتى صَار الثوب على أربعة وقيمته خمسون صارت المائة العين على ثمانية للموصى له بالثلث ثلث ذلك وليس للثمانية ثلث صحيح فاضرب أصل المال كله وذلك اثنا عشر في ثلاثة فيصير ستة وثلاثين فهذا جميع المال العين ومائتين صار المال العين ستة وثلاثين والخارج من الدين نصف العين وذلك ثمانية عشرَ فيكون للموصى له بالثلث ثلث ذلك وذلك ستة فقد بلغ سهام الوصايا ستة وعشرين فاجعل ثلث المال على قدر وصاياهم لا على مبلغ سهام الوصايا وقدر الوصايا خمسة أسهم؛ لأن وصيّة الموصى له بالثوب خمسون درهما ووصيّة الموصى له بالثلث خمسة وسبعون فاجعل كل خمسة وعشرين سهمًا فصار خمسون سهمين وخمسة وسبعون ثلاثة أسهم فيكون جميع ذلك خمسة أسهم فاجعل ثلث المال على خمسة فصارَ الجميع خمسة عشرَ ثم اطرح نصيب المديون وذلك خمسة أسهم فبقي عشرة فاجعل الثوب والمائة العين على عشرة سهمان منها للموصى له بالثوب والباقي من الثوب والمائة يقسم على ثمانية أسهم؛ لأن وصيَّة الموصى له بالثوب خمسون ووصيّة الموصى له بالثلث ثلث جميع المال وذلك ثلاثة وثمانون وثلث فاجعل كل ستة عشر وثلثي سهما فبلغ ذلك ثمانية أسهم وإذا صار ثلث المال على ثمانية صار الجميع أربعة وعشرين الثوب من ذلك خمسة وهو أربعة أسهم وأربعة أخماس سهم يبقى تسعة عشر وخمس سهم فهي المائتان كل مائة تسعَة وثلاثة أخماس في الثوب في أربعة أخماسه في بقيّة المال يبقى من الثوب أربعة أخماس سهم لكل ابن خمسان ويبقى من المال العين خمسة وخمس سهم وهو بين الابنين نصفان لكل ابن سبعة وثلاثة أخماس سهم فيحسب للمديون ممَّا عليه ويؤدي الفضل وذلك سهمان، فإذا أدى

يدفع إليه حصته من الثوب وذلك خمس الثوب فيصير له ثمانية أسهم وللابن الآخر مثل ذلك فاستقام الثلث والثلثان وإذا مات عن مائتي درهم عين وثلاثمائة دين على أحد ابنيه وكر حنطة يُسَاوي مائة وأوصى لرجل بالكرّ ولآخر بثلث المائتين العين وثلث الكرّ فعند أبي حنيفة رحمه الله يقسم المائتان العين والثوب على أربعة أسهم سهم للموصى له بالثوب في الثوب وسهم للموصى له بالثلث خمس ذلك في الثوب وأربعة أخماسه في الدراهم العين والباقي وهو مائة وأربعون من العين وعشرة من الثوب للابن الذي لا دين عليه وتوقف حصة المدين من الكرّ مما في يد أخيه حتى يبيعه القاضي أو يؤدّي ما لهم عليه؛ لأن الموصى له بالكر خمسة أسهم من ستة وللموصى له بالثلث من المال العين سهم من الكرّ وهو سدس الكرّ وإذا صار الكرُّ على ستَّة وقيمته مائة صارت المائتان العين على اثني عشر للموصى له بثلث العين ثلث ذلك وذلك أربعة أسهم ولا يكون له في الدين شيء؛ لأن وصيته مقيدة بالعين فقد بلغ سهام الوصايا عشرة أسهم وجميع المال ثمانية عشر الكر ستة والمائتان اثنا عشر فاجعل ثلث المال على مبلغ سهام الوصايا وذلك عشرة فصار الجميع بثلثين ثم اطرح نصيب المديون وذلك عشرة يبقى عشره فاقسم الكر والمائتين العين على عشرين فأعط للموصى له بالكرّ خمسة بقي من الكرّ سهم وثلثا سهم؛ لأن الكر قدر ثلث جميع المال وذلك ستة وثلثان فيضم الباقي من الكرّ إلى المائتين العين فأعط للموصى له بثلث العين خمسة أسهم سهمٌ في الكرّ وأربعة في المائتين بقي من المائتين تسعة وثلث؛ لأن المائتين كانت ثلاثة عشر وثلث وقد أخذ الموصى له أربعة بقي تسعة وثلث يضمُّ إليه ما بقي من ثلثي سهم من الكرّ فصارت عشرة أسهم فهو للابن غير المدين ويحسبُ للمدين مما عليه عشرة من عشرين سهما من ثلاثمائة؛ لأن المائتين لما صارت على ثلاثة عشر وثلث صار الدين وهو ثلاثمائة عشرين سهما، فإن خرج الدين أخذ الموصى له بالكرّ خمسة أسداسه والموصَى له بالثلث سدسه وثلث المائتين العين عَلَى نحو ما مرَّ تخريجه، فإن قيل لا فائدة في توقيف نصيب المديون من الكرّ؛ لأنه متى أدّى حصتهما مما عليه من الدين نصيب الثلاثمائة كلها عينا لما قلنا فيخرج الكرّ من ثلث ماله فلا

يكون له شيء من الكرّ فلا معنى للتوقيف والجواب عنه أن فائدة التوقيف شيئان أن يؤدي ما عليه فيأخذ الموقوف وأن يباع عليه نصيبه بمَا عليه من الدين متى لم يمكنه الأداء فهنا يفيد التوقيف فائدة البيع بدل منهما متى لم يمكنه الأداء فهنا يفيد التوقيف فائدة إن لم تفد الفائدة الأخرى وهي أخذ الموقوف عند الأداء ومتى دفع إليه نصيبه من الكرّ لا يمكنهما البيع عليه إلّا برضاه فكان التوقيف مفيدا.

(المنتقى): قال محمد رجل مات وترك ابنين لا وارث له غيرهما وترك ستة دراهم عينا وستة دينًا على أحد ابنيه وأوصى لرجل بسدس ماله ولآخر بسدس العين يعطي لكل واحد من الموصى لهما درهمًا درهمًا وبقيت أربعة دراهم بين الاثنين فحصة الابن المديون بين الابن الآخر والموصى له بسدس المال على قدر ما بقي لهما وقد بقي للموصى له درهم وبقي للابن درهمان ونصف؛ لأن حق الموصى له بسدس المال في سدس العين وذلك سهم بقي تسعة دراهم بين الاثنين لكل واحد أربعة ونصف وقد وصل إلى الابن غير المدين درهمان بقي حقه في درهمين ونصف ووصل إلى الموصى له بالمال درهم بقي حقه في درهم فيقسم درهمين على ثلاثة ونصف وقد انكسر له بالمال بالنصف فأضعف ليزول الكسر فصار سَبْعة للموصى له سهمان وللابن خمسة.

ولو لم يوص لهذا ولكنه أوصى لرجل بثلث ماله إلا درهما، فإن يعطى بالوصية ثلث العين درهمين بقي أربعة بين الاثنين نصفان وارتجع درهم من الموصى له بالاستثناء فيكون خمسة بين الاثنين نصفين لكل ابن درهمان ونصف فيقسم حصَّة الابنين نصفين لكل ابن درهمان ونصف فيقسم حصَّة الابن المدين بين أخيه وبين الموصى له نصفين؛ لأنه بقي لصاحب الوصيّة درهمان وللابن غير المدين درهمان فيكون لكل واحد درهم وربع فصار لغير المدين ثلاثة وثلاثة أرباع درهم ولأخيه مثلهُمَا مما عليه وللموصى له درهمان وربع فجميع ذلك تسعة وثلاثة أرباع هذا المال العين والثلث منه ثلاثة دراهم وربع، فإذا رفعت منهَا درهما بالاستثناء بقي درهمان وربع حصة الموصى له ولو ترك اثني عشر عينا واثني عشر دينا على أحد ابنيه وأوصى لرجل بربع ماله إلا ثلاثة دراهم يدًا فيعطي للموصى له ثلث

العين ثلاثة دراهم ثم يسترجعها منها بالاستثناء فيعود الاثنا عشر كله بين الاثنين نصفين فحصة الابن المدين يقتسمهما أخوه والموصى له على سبعة ونصف للموصى له ثلاثة ولأخيه أربعة ونصف؛ لأنه بقي حق الموصى له في ثلاثة؛ لأن جميع المال العين والدين أربعة وعشرون فيكون ربعه ستة وقد استثنى منها ثلاثة وهو نصف الربع فصار كأنه أوصى بنصف ربع المال وذلك ثلاثة وحق كل واحد من الاثنين في عشرة ونصف وقد وصل إلى كل واحد ستة بقي كل واحد في أربعة ونصف والخارج من الدين ستة فيقسم على سبعة ونصف وقد انكسرَ بالنصف فأضعف ليزول الكسر.

(باب الوصيَّة بالعين والدين، والدين على الأجنبي)

(المبسُوط): مسائله على فصول:

أحدها: في الوصية للأجنبي.

والثاني: في الوصية للغريم.

والثالث: في الوصيَّة لهما.

(الفصل الأول)

مات من مائة درهم عين ومائة درهم دين على أجنبي، فأوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث العين اقتسمَا ثلث العين نصفين، فإن خرج من الدين خمسون ضمَّ إلى المائة العين وأخذ ثلث ذلك كله وهو خمسون بينهما على خمسة اثنان لصاحب العين وثلاثة لصاحب الثلث؛ لأنه اجتمعت في العين وصيتان بالثلث فيكون ثلثها بينهما نصفين، فإذا خرج من الدين خمسون فقد ازداد حق صاحب الثلث وقد صار حقه الآن خمسين فقد ازداد حقه فوجب إعادة القسمة؛ لأن القسمة إنما بقيت مستقيمة إذا بقيت الحقوق مستوية، فإذا ازداد بعض الحقوق بخروج الدين صارت القسمة جائرة غير عادلة فيجب إعادتها واستثناؤها وتخرج القسمة المستأنفة أنا نحتاج إلى فريضة لها ثلث ولثلاثة ثلثان؛ لأن الوصيّة لأحدهما بالثلث ولآخر بثلثي الثلث وأقل ذلك تسعة ثم خذ ثلثها وذلك ثلاثة وثلاثون ثلثها وذلك

سهمان فيصير كله خمسة، فإذا صار الثلث خمسة صَار الجميع خمسة عشرَ فيقسم ثلث ماله العين وذلك خمسون درهما؛ لأن ماله العين في الحال مائة وخمسون درهما فيكون ثلثه خمسين على خمسة ثلاثة أخماسه وثلاثة من ثلاثين لصاحب الثلث ثلثاه في العين وثلثا الدين وخمساه للموصى له بالعين كله في العين؛ لأن وصيته مقيدة بالعين وإن شئت قلت بأن الموصى له بالعين يأخذ وصيته وذلك سهمان من خمسة عشر؛ لأن وصيته مقيدة فتكون مقدمة على الوصيّة المطلقة ثم يقسم الباقي وهوَ ثلاثة عشر بين الموصى له بالثلث وبين الورثة ثلاثة للموصى له والعشرة للورثة؛ لأن وصيّة الموصى له بالثلث وصيَّةٌ مطلقةٌ فتكون كأحد الورثة، ولو أوصى بثلث العين لرجل وبثلث العين والدين لآخر اقتسما ثلث العين نصفين، فإن خرج من الدين خمسون اقتسما خمسين أثلاثًا عندهما وعند أبي حنيفة أخماسًا كما مرَّ وتخريجُه عنده أن الموصى له بثلث العين والدين موصى له بستة وستين وثلثي نصفه من الدين ونصفه من العين وستة وستين وثلثين أكثر من ثلث ماله العين للحال، فإن جميع ماله العين للحال مائة وخمسون والموصى له بأكثر من الثلث يضرب بقدر الثلث لا غير عنده وذلك خمسون وأقل حساب له ثلث ولثلثه ثلثان تسعة فثلثها ثلاثة وثلثا ثلثها سهمًا فيكون وباقي تخريجه على نحو ما مرَّ وعندهما الموصى له بأكثر من الثلث يضرب بجميع وصيته في الثلث ويضرب الموصى له بالعين بالعين والدين ستة وستين وثلثا أربعة أتساع ماله كل تسع ستة عشرَ وثلثين فيكون ثلاثة وثلاثين وثلث تسعين فاجعل تسعين سهما ليزول الكسر فصار أربعة أتساع سهمين فيكون ثلاثة فاجعل ثلث المال على ثلاثة، سهمان للموصى له بالعين والدين وسهم للموصى له بالعين بخلاف المسألة المتقدّمة، فإن ثمَّة الموصى له بثلث المال موصى له بخمسين درهما؛ لأنه لما توي ما بقي من الدين كانت وصيته خمسين فكذا إذا تأخر خروج الباقي من الدين فأما حق الموصى له المقيد لا تنقص عن ثلاثة وثلاثين وثلث في الخارج من الدين، وإن لم يخرج من الدين خمسون، فإذا لم ينتقص حقه عن ذلك كان حق الموصى له بالعين والدين للحال في ستة أثلاثًا، فإن أوصى بثلث العين لرجل وبثلث الدين لآخر لم يكن

لصاحب الدين شيء ما لم يخرج؛ لأنه وصيّته مقيدة بالدين فلا يكون له حق في العين كما لا يكون للآخر حق في الدين لما قيدت وصيته بالعين فصاحب العين لا يزاحمه أحد في العين وكان جميع ثلث العين له.

(الفصل الثاني)

مسائله على ثلاثة أقسام:

أحدها: فيما إذا لم يؤد الغريمان شيئًا من الدين.

والثاني: فيما إذا أدى أحدهما ما عليه.

والثالث: فيمَا إذا لم يخرج شيء من الدين.

أمّا القسم الأول: وإذا ترك مائة عينًا ومائتين على رجلين على كل واحد مائة ثم أوصى لرجل بثلث ماله ولكل واحد من الغريمين بما عليه قسم العين على ثلاثة لصاحب الثلث سهم وللورثة ما بقي عند أبي حنيفة وعندهما على سبعة لصاحب الثلث سهم؛ لأنه اجتمع في كل دين وصيتان وصيّة بالجميع ووصيّة بالثلث والقسمة في مثلَ هذا على المنازعة عند أبي حنيفة أصلها من ثلاثة والموصى له بالثلث لا يدعي إلا سهمًا فسلم سهمين لصاحب الجميع بلا منازعة وفي سهم الستة منازعتها فيه فيكون بينهما نصفين لا يستقيم فأضعف ليزول الكسر فصار ستة للموصى له بالدين خمسة وللموصى له بالثلث سهمٌ، فإذا صار كل دين على ستة صار العين على ستة وصار جميع المال ثمانية عشر فللموصى لهُ بالعين سهمان من العين وسهمان من الدين هذا إذا أجازت الورثة، وإن لم يجيزوا فاجعل ثلث المال على مبلغ سهام الوصايا حالة الإجازة؛ لأن نصيب كل واحد منهم لم يتجاوز ثلث المال وسهام الوصايا حالة الإجازة أربعة عشر وإذا صار ثلث المال على أربعة عشر صار الجميع اثنين وأربعين فانحصر من نصيب الموصى له على ربعه ونصيبه أربعة من أربعة عشر فيكون ربعه سهما وانحصر من نصيب الورثة على ربعه وذلك سبعة من ثمانية وعشرين؛ لأن بينهما موافقة بالربع فتقسم العين على ثمانية سهم

للموصى له وسبعة للورثة، وكذلك اختصر من نصيب كل واحد من الغريمين على ربعه وذلك سهم وربع من خمسة.

وأما القسمة عندهما على طريق العول والمضاربة وهو أن يجعل كل مال على أربعة فصار أصل الفريضة اثني عشر فلصاحب العين ثلث كل المال وهو لا يخرج من أربعة فاضربه في اثني عشر فصار ستة وثلاثين كان لكل واحد من الغريمين ثلاثة صار مضروبًا في ثلاثة فصار له تسعة ولصاحب العين سهم صار مضروبا في ثلاثة فصار اثني عشر له ثلث ذلك وهو أربعة فقد ذهب بالوصايا ثمانية وعشرون وبقي للورثة ثمانية هذا إذا أجازت الورثة، وإن لم يجيزوا فإنه يقسم الثلث بينهم على قدر وصاياهم وكل واحد موصى بالثلث فيجعل الثلث على ثلاثة والجميع على تسعة ولكل واحد من الوصايا سهم فاطرح نصيب الغريمين وذلك سهمان لأنهما استوفيا وصيتهما مما عليهما يبقى سبعة أسهم فاجعل العين على سبعة سبعٌ للموصى له بالثلث والباقي للورثة، فإذا صار العين على سبعة صار كل دين على سبعة لكل واحد من الغريمين سهم ويرد ستة أسهم إلى الورثة.

ولو أوصى لرجل بربع ماله والعين مائتان والمسألة بحالها تقسم العين على ثلاثة وعشرين لصاحب الربع ثلاثة عند أبي حنيفة ويحسب لكل واحد من الغريمين ثلاثة أسهم ونصف من ثلثين سهما من جمعي المال العين والدين ويؤديان الباقي يقسم على ثلاثة وعشرين عنده وعندهما لصاحب الربع سبع العين وتخريجه على قول أبي حنيفة أن يجعل كل دين على أربعة لحاجتك إلى الربع لصاحب الجميع ثلاثة بلا منازعة بقي سهم بينهما نصفين لا يستقيم فأضعفه فيكون ثمانية للموصى له بالدين سبعة وللموصى له بالربع سهم وإذا صار كل دين على ثمانية صار العين وهي مائتا درهم على ستة عشر للموصى له بالربع وربع ذلك وذلك أربعة فحصل له ستة ولكل واحد من الغريمين سبعة فحصلت الوصايا بعشرين من جملة المال وذلك اثنان وثلاثون هذا إذا أجازت الورثة وإن لم يجيزوا، فإنه يقسم الثلث على سهام الوصايا حالة الإجازة وذلك عشرون وإذا صار الثلث على عشرين صار الجميع ستين فاطرح من ذلك نصيب الغريمين وذلك أربعة عشر لأنهما قد

استوفيا حقهما يبقى ستة وأربعون فاجعل المال العين على ستة وأربعين للموصى له بالعين ستة وللورثة أربعون فاختصر من كل نصيب على نصفه؛ لأن بينهما موافقة بالنصف فيصير ثلاثة وعشرين للموصى له وثلاثة وللورثة عشرون، وكذلك اختصر من نصيب الغريمين على نصفه وذلك سبعة فيصير لكل واحد ثلاثة ونصف من أحد عشر ونصف؛ لأن كل دين كان على ثلاثة وعشرين، فإذا اختصرنا على نصفه يكون أحد عشر ونصف وتخريجها على قولهما أن أصل الفريضة أربعة فالموصى له بالجميع يضرب بالأربعة وصاحب الربع يضرب بسهم فيصير كل دين على خمسة لكل واحد من الغريمين أربعة ولصاحب الربع سهم، فإذا صار كل دين على خمسة صارت العين على عشرة لصاحب الربع ربع ذلك فانكسر فأضعف أصل الفريضة وهو عشرون فيكون أربعين كان لكل واحد من الغريمين أربعة فضعفناه فصار لكل واحد ثمانية وكان لصاحب الربع سهم من كل دين ضعفناه فصار سهمين فالمنكسر كان عشرة أضعفناه فصار عشرين لصاحب الربع ربع ذلك وهو خمسة والباقي للورثة هذا إذا أجازت الورثة، وإن لم يجيزوا فالثلث بينهم أثلاثًا فصار الجميع على تسعة ثم اطرح نصيب الغريمين وهو سهمان فيبقى سبعة فتقسم العين من الورثة وصاحب الربع على سبعة سهم لصاحب الربع والباقي للورثة.

ولو أوصى لكل غريم بنصف ما عليه وأوصى لرجل بخمس ماله والمسألة بحالها قسم العين على أربعة وأربعين لصاحب الخمس ثمانية ويحسب المغرمين وصيتهما مما عليهما عشرة أسهم من أربعة وخمسين سهما من جميع المال وهذا قولهم جميعًا وهذا المال لا يقسم على طريق المنازعة ولا على القول والمضاربة؛ لأن القول والمنازعة إنما يحتاج إليهما عند المزاحمة والمضايقة ولا ضيق هنا في التركة، فإن وصية كل واحد منهما بكمالها يخرج من المائة ولكن يجعل كل دين على عشرة لحاجتك إلى حساب له نصف وخمسون وله عشرة وخمسة للغريم وسهمان لصاحب الخمس وعلى كل واحد من الغريمين أن يؤدي ثلاثة أسهم من عشرة من ماله إلى الورثة وإذا صار كل دين عشرة صار العين عشرين والجميع أربعون فلصاحب الخمس خمس مائتي العين وهو أربعة فحصل له ثمانية أربعة من

العين وأربعة من الدين ولصاحب النصف عشرة لكل واحد خمسة فقد نفذنا الوصية في ثمانية وعشرين وبقي للورثة اثنان وعشرون هذا إذا أجازت الورثة، وإن لم يجيزوا جعل ثلث المال على سهام الوصايا وذلك ثمانية عشر، فإذا صار الثلث ثمانية عشر صار الثلثان ستة وثلاثين والكل أربعة وخمسين فاطرح نصيب الغريمين وذلك عشرة بقي أربعة وأربعون فتقسم العين بين الورثة والموصى له بالخمس على أربعة وأربعين لصاحب الخمس ثمانية والباقي للورثة فإن شئت اختصرت من نصيب الموصى له بالخمس على نصفه وهو أربعة ومن نصيب الورثة على نصفه وذلك ثمانية عَشَر ومن نصيب الغريمين على نصفه وذلك خمسة فيصير الكل سبعة وعشرين فاطرح نصيب الغريمين وذلك خمسة يبقى اثنان وعشرون فتقسم العين بين صاحب الخمس والورثة على اثنين وعشرين أربعة للموصى له وثمانية عشر للورثة فقد نفذنا الوصية في تسعة فاستقام الثلث والثلثان وصار كل دين على أحدَ عشر على طريقة الاختصار لكل واحد من الغريمين سهمان ونصف مما عليه وعليه أداء الباقي وذلك ثمانية ونصف، ولو كان العين مائة وأوصى لكل واحد من الغريمين ثمانين درهما مما عليه ولرجل بثلث ماله قسم العين على ثلاثة وثمانين لصاحب الثلث ثمانية عشر وللغريمين مما عليهما اثنان وعشرون من مائة وخمسة أسهم من جميع المال وعندهما تقسم العين على اثنين وستين عشرة لصاحب الثلث وللغريمين مما عليهما ستة عشر من ثمانية وسبعين من جميع المال.

أما تخريج أبي حنيفة على طريق المنازعة أن يجعل كل دين على خمسة عشر لحاجتك إلى النصف والثلث وأقله خمسة عشر والغريم يدعي من ذلك اثني عشر؛ لأن وصيته في أربعة أخماس مائة وصاحب الثلث يدعي خمسة والغريم يقرّ ويدعي سبعة فتكون له بلا منازعة بقي ثمانية من خمسة عشر استوت منازعتها فيه؛ لأن كل واحد منهما يدعي من ذلك خمسة فتكون بينهما نصفين لكل واحد أربعة فحصل للغريم مرة سبعة ومرّة أربعة فصار له أحد عشر ولصاحب الثلث أربعة، وكذلك المائة العين صارت على خمسة عشر لصاحب الثلث ثلثه وهو خمسة فقد حصل من الدينين ثمانية أسهم من كل دين أربعة ومن العين خمسة فحصل له ثلاثة عشر

ولكل واحد من الغريمين أحد عشر فيكون لهما اثنان وعشرون فيضم إليه ثلاثة عشر فيصير كله خمسة وثلاثين وهذا سهام الوصايا متى أجازت الورثة وإن لم يجيزوا فإنه جعل ثلث المال على ذلك السهام؛ لأن نصيب كل واحد حالة الإجازة لم يجاوز الثلث فأعط لكل واحد من ثلث المال مثل ما أعطيته حالة الإجازة من جميع المال وإذا صار ثلث المال على خمسة وثلاثين صار الجميع مائة وخمسة أسهم ثم اطرح نصيب الغريمين وذلك اثنان وعشرون يبقى ثلاثة وثمانون فاقسم المائة العين بين صاحب الثلث وبين الورثة على ثلاثة وثمانين ثلاثة عشر لصاحب الثلث وسبعون للورثة وإذا صار العين على ثلاثة وثمانين صار كل دين على ثلاثة وثمانين لكل غريم أحد عشرَ وعليه أداءُ الباقي وذلك اثنان وسبعون.

وأمّا تخريجهما على طريقة القول والمضاربة أن يضرب كل غريم باثني عشر وصاحب الثلث يضرب بخمسة فيصير كله سبعة عشر فصار كل دين على سبعة عشر والعين كذلك فصار كل المال أحد وخمسون لصاحب الثلث ثلاثة وهي لا تخرج من سَبْعَة عشر فاضرب أصل الفريضة وهي أحد وخمسون في ثلاثة فصار مائة وثلاثة وخمسين فمنها يخرج المسألة، وإن لم يجيزوا يقسم الثلث على قدر وصاياهم فيقول الموصى له بالثلث موصى بمائة لأنها ثلث ماله وكل واحد من الغريمين موصى له بأربعة أخماس المائة فانكسرت المائة بالأخماس فاجعل المائة على حساب له خمس وأقله خمسة فصاحب الثلث يضرب بخمسة وكل واحد من الغريمين بأربعة فيصير كله ثلاثة عشر ومتى صار المال ثلث المال على ثلاثة عشر صار الجميع على تسعة وثلاثين فاطرح من ذلك نصيب الغريمين وذلك ثمانية يبقى أحد وثلاثون فيقسم العين على أحد وثلاثين لصاحب الثلث خمسة والباقي للورثة وإذا صارت العين على أحد وثلاثين صار كل دين كذلك لكل غريم أربعة أسهم من أحد وثلاثين مما عليه ويؤدي الباقي فهذا التخريج على النصف مما خرجه محمد.

(القسم الثاني)

ولو أوصى لكل غريم بما عليه ولرجل بثلث ماله فأدّى أحد الغريمين ما عليه

ومات الآخر قسم العين وما أدى على سبعة وثلاثين خمسة أسهم للذي أدَّى مما أداه وما بقيَ قسم بين الورثة وصاحب الثلث على ثمانية له سهم ولهم سبعة ويحسب للغريم الميت مثل ما أصاب الحي، وهذا قول أبي حنيفة.

وعندهما: يقسم المؤدي والمائة العين على ثمانية سهم للذي أدَّى وسهمٌ لصاحب الثلث وستة للورثة ولم يذكر قولهما في الكتاب.

أمَّا تخريجه عنده أن يجعل أصل الفريضة من ثلاثة ويجعل المائة المؤداة على ثلاثة أسهم فالغريم المؤدي يدعي كلها وصاحب الثلث يدعي ثلثها فيسلم للغريم سهمين بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتها فيه فينصف بينهما فأضعف ليزول الكسر فصار ستة للغريم خمسة ولصاحب الثلث سهم ولما صارت المائة المؤدّاة على ستة المائة العين على ستة لصاحب الثلث ثلثها وذلك سهمان وصارت المائة الدين على الميت المفلس كذلك على ستة للميت ممّا عليه خمسة مثل ما حصل للمؤدي وسهم من ذلك قد توى لا يحتسب من مال الميت فصار جميع سهام الوصايا أربعةَ عشرَ خمسة للمؤدي وخمسة للميت وأربعة لصاحب الثلث سهمان من العين وسهم من المائة المؤدّاة وسهم من المائة الباقية على الميت إلا أن سهما من هذه الأربعة تاوي والحاصل له ثلاثة أسهم فقد بلغ سهام الوصايا أربعة عشرَ فالمال كله سبعة عشرَ؛ لأن سهما مما على الميت تاوي فلا يحسب من مال الميت بهذا إذا أجازت الورثة، وإن لم يجيزوا يقسم المال على سهام الوصايا حالة الإجازة؛ لأن نصيب كل واحد لم يجاوز ثلث المال فصار ثلث المال على أربعة عشر وصار الجميع اثنين وأربعين فاطرح نصيب الميت؛ لأنه يستوفي وصيته مما عليه وذلك خمسة ولا يطرح نصيب المؤدي؛ لأنه أدّى ما عليه فيبقى سبعة وثلاثون فاجعل المائتين العين على سبعة وثلاثين فأعط للمؤدي من المائة المؤداة خمسة وما بقي من المؤداة يضمّ إلى المائة العين في الأصل فيقسم بين صاحب الثلث وبين الورثة على اثنين وثلاثين لصاحب الثلث أربعة والباقي للورثة.

ومحمد قسم الباقي من المائتين بين الورثة وصاحب الثلث على ثمانية سهم لصاحب الثلث وسبعَة للورثة؛ لأن بين نصيبهمَا موافقة بالربع، فإن نصيب صاحب

الثلث أربعة ونصيب الورثة ثمانية وعشرون ولكل واحد ربع صحيح فانحصر من نصيب كل واحد على ربعه من نصيب الورثة على سبعة ومن نصيب صاحب الثلث على سهم فصار ثمانية فيقسم الباقي على ذلك.

وأما تخريجهما على العول والمضاربة أنَّ المؤدي يضرب بثلاثة وصاحب الثلث بسهم فيقسم المائة المؤدّاة بينهما على أربعة وصاحب الثلث ثلاثة وهي لا تخرج من أربعة فاضرب ثمانية فصار أربعة وعشرين للمؤدي تسعة أسهم كلها في المائة المؤداة ولصاحب الثلث سبعة ثلاثة أسهم في المائة المؤداة وأربعة من المائة العين الأصليّة وذلك ثلثيها فصار له، وكذلك المائة التاوية على الميت صارت اثني عشر وقد صار مستوفيا من وصيته منها تسعة مثل ما استوفى المؤدي ويؤدي ثلاثة مما عليه فبلغ سهام الوصايا خمسة وعشرين ثمانية عشر للغريمين وسبعة لصاحب الثلث هذا إذا أجازت الورثة، وإن لم يجيزوا يقسم الثلث على قدر وصاياهم لا على سهام وصاياهم حالة الإجازة والوصايا ثلث وثلث وثلث فاجعل ثلث المال على ثلاثة أسهم فصار تسعة فاطرح نصيب المتوفى وذلك سهم بقي ثمانية واقسم المائتين والعين بين الموصى لهما وبين الورثة على ثمانية لكل واحد من الموصّى لهما سهم وسهم وللورثة ستة ولو لم يوص بالثلث بالربع وأدى أحدهمَا اقتسما على سبعة وأربعين للمؤدي سبعة من المائة المؤداة وما بقي على عشرة واحد لصاحب الربع وتسعة للورثة أصل الفريضة من أربعة ثلاثة أسهم للغريم المؤدي بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهمَا فيه فينصف بينهما فأضعفه فصار ثمانية للمؤدي سبعة ولصاحب الربع سهم، وكذلك المائة العين صارت على ثمانية لصاحب الربع ربعه وذلك سهمان وصارت المائة التي على الميت كذلك ثمانية وقد استوفى منهما نصيبه سبعة وتوى سهم فقد بلغ سهام الوصايا ثمانية عشرَ أربعة عشرَ للغريمين وأربعة لصاحب الربع إلا أنه حصل له ثلاثة وتوى سهم وأنه أكثر من الثلث؛ لأن المال القائم ثلاثة وعشرون فيقسم كذلك إن أجازت الورثة وإن لم يجيزوا يجعل ثلث المال على سهام الوصايا وهي ثمانية عشر فصار جميع المال أربعة وخمسين فاطرح نصيب المتوفى وذلك سبعة يبقى سبعة وأربعون فاجعل

المائتين على سبعة وأربعين للمؤدي سبعة في المائة المؤدّاة يبقى أربعون لصاحب الربع أربعة وللورثة ستة وثلاثون فاختصر من نصيب واحد على ربعه؛ لأن بين نصيبهما موافقة بالربع فعاد إلى العشرة أسهم سهم لصاحب الربع وتسعة للورثة.

وأمّا تخريجهما على العَول والمضاربة أصلها من أربعة فالمؤدي يضرب بأربعة وصاحب الربع يضرب بسهم فتصير المائة الموفاة على خمسة وصارت المائة العين الأصليَّة أيضا على خمسة لصاحب الربع ربعه وهو لا يخرج من خمسة فاضرب أصل الفريضة وهيَ عشرة في أربعة فصار أربعين كل مائة عشرون للمؤدي أربعة أخماس المائة المؤداة وذلك ستة عشر ولصاحب الربع خمسها وذلك أربعة فحصل لصاحب الربع أربعة من المائة المؤداة وخمسة من المائة العين فصار له تسعة والمائة الباقية على المتوفى فقد صار هو مستوفيا نصيبه ممّا عليه ستَّة عشرَ ويؤدي أربعة فقد بلغ سهام الوصايا أحدًا وأربعين ستة عشر لكل واحد من الغريمين ولصاحب الربع تسعة هذا إذا أجازوا الورثة، فإن لم يجيزوا يقسم الثلث على قدر الوصايا والوصايا أحد عشرَ؛ لأن احتجنا إلى فريضة لها ثلث وثلث وأقلها اثنا عشر يضرب كل واحد من الغريمين بالثلث وذلك أربعة وصاحب الربع بثلاثة فاجعل ثلث المال على أحد عشرَ والجميع على ثلاثة وثلاثين فاطرح من ذلك نصيب المتوفى وذلك أربعة بقي تسعة وعشرون فاجعل المائتين على تسعة وعشرين للمؤدي أربعة ولصاحب الربع ثلاثة والمتوفى قد صار مستوفيا أربعة فحصل الوصايا في أربعة عشر يبقى اثنان وعشرون للورثة فاستقام الثلث والثلثان، فإن شئت قلتَ اجتمع في المال ثلث وصَايَا ثلث وثلث وربع وثلث المال مائة والربع خَمْسَة وسبعين فصَارَ موصيًا لكل واحد من الغريمين بمائة ولصاحب الربع خمسة وسبعون وذلك ثلاثة أربع المائة فانكسر بالأرباع فاجعل كل مائة على أربعة فيضرب كل واحد من الغريمين بأربعة وصاحب الربع بثلاثة فيكون كله أحدَ عشرَ فيجعل الثلث على ذلك وباقي التخريج على ما مرَّ.

(وأمّا القسم الثالث)

ولو أوصى لأحدهما بثلث المال ولآخر بما عليه ولأجنبي بربع العين ولم

يخرج من الدين شيء وقسم العين بين صاحب الربع والورثة على ثمانية وتسعين لصاحب الربع ستّة والباقي للورثة عنده وعندهما تقسم العين على تسعة عشر سهم لصاحب الربع وثمانية للورثة أما تخريجه على سبيل المنازعة أنه اجتمع في الدين وصيتان وصيَّة بالجميع ووصيَّة بالثلث وهو لا يتسع لهما واجتمع في العين وصيتان وصية بالثلث ووصيَّة بالربع فاحتجنا إلى فريضة لها ثلث وربع فأقلُّها اثنا عشر فاجعل العين على اثني عشر فأعط لكل واحدٍ من الموصًى لهما وصيته بكمالها إن أجازت الورثة؛ لأن العين بقي بهما وإذا صار العين على اثني عشر يجعل الدين الموصى بجميعه على اثني عشر، وإن كان يخرج من ستة ليصير الحساب كله من جنس واحد فيقسم الدين على المنازعة فالموصى له بالجميع يدّعي الكل وصاحب الثلث يدعي أربعة فيعطى لصاحب الجميع ثمانية بلا منازعة بقي أربعة استوت منازعتهما فيها فتنصفت بينهما فصار للموصى له بالجميع عشرة ولصاحب الثلث سهمان ومن الدين الموصى بثلثه لصاحب الثلث أربعة وثمانية للورثة ويقسم المائة العين لصاحب الربع ربع اثني عشر وذلك ثلاثة ولصَاحب الثلث أربعة لا يعطى له بل يجعل قصاصا بما عليه؛ لأن ما عليه من الدين أكثر فحصل لصاحب الجميع عشرة ولصاحب الثلث عشرة مرَّة سهمان من دين صاحبه ومرّة أربعة من دين عليه وصية له بها ومرّة أربعة من دين عليه عوضا عن الأربعة التي له من العينِ ولصاحب الربع ثلاثة أسهم من العين فقد بلغ سهام الوصَايَا ثلاثة وعشرين وجميع المال القائم وقت القسمة اثنان وثلاثون عشرون من الدينين صار عينا واثنا عشر هي المائة العين وأربعة أسهم قد توي من المدينين هذا إذا أجازت الورثة، فإن لم يجيزوا يجعل ثلث المال ثلاثة وعشرين وصار الجميع على تسعة وستين ثم اطرح نصيب الغريمين لأنهمَا استوفيا نصيبهما مما عليهما وهو عشرون يبقى تسعة وأربعون فاجعل كل مائة على تسعة وأربعين فاقسم بين الورثة وبين الموصى له لصاحب الربع ثلاثة هي المائة العين والباقي للورثة.

وأمّا تخريجهما على العول والمضاربة وهو أن الوصايا ثلاثة كل وثلث وربع ثلث فيجعل المائة للعين على أربعة لحاجتك إلى الربع عنهما فصار كل دين أيضًا

على أربعة فصاحب الجميع يضرب بأربعة والموصى له بثلث المال يضرب بأربعة؛ لأن ثلث المال أربعة وصاحب الربع بسهم فيكون كله تسعة فيجعل ثلث المال تسعة فصار الجميع سبعة وعشرين ثم اطرح نصيب الغريمين وذلك ثمانية يبقى تسعة عشر فاجعل المائة العين على تسعة عشرَ سهم منها لصاحب الربع وثمانية عشرَ للورثة ويقسم كل دين على تسعة عشر وقد استوفى كل واحد من وصية مما عليه أربعة فعليه أن يؤدي الباقي وذلك خمسة عَشرَ، فإن أدَّى الموصى له بثلث المال ما عليه وتوى ما على الآخر قسم العين والدين على مائة وثمانية عشر ستَّة لصاحب الربع وقسم ما بقي على مائة واثني عشر لصاحب الجميع ثلث المال عشرون وما بقي فللورثة وتخريجه أن سهام الوصايا ثلاثة وعشرون لصاحب الجميع عشرة ولصاحب الربع ثلاثة كما وصفنا فيجعل ثلث المال على ثلاثة وعشرين وصاحب الجميع على تسعة وستين فاطرح نصيب صاحب الجميع؛ لأنه استوفاه ممَّا عليه ولا يطرح نصيب صاحب الثلث؛ لأنه أدى جميع مَا عليه فيبقى تسعة وخمسون لصاحب الثلث عشرة ولصاحب الثلث ثلاثة والباقي للورثة فقد خرجنا المسألة على نصف ما خرجها محمد رحمه الله وأمَّا تخريجهما، فإنه يجعل ثلث المال على قدر وصاياهم ثلث وثلث وربع ثلث فيصير كله تسعة فاجعل الثلث على تسعة فصار الجميع على تسعة وعشرين ثم اطرح نصيب الموصى له بالدين يبقى ثلاثة وعشرون لصاحب الثلث أربعة ولصاحب الربع سهم يبقى ثمانية عشر للورثة، وإن خرج الدين كله قسم المال كله على تسعة وستين ثلاثة لصاحب الربع وعشرة للموصى له بما عليه فيما أدّى وعشرة لصاحب الثلث فيما بقي وستة وأربعون للورثة وعندهما يقسم المال على سبعة وعشرين لكل واحدٍ من الغريمين أربعة ولصاحب الربع سهم وللورثة ثمانية عشر أما تخريجه لأبي حنيفة أن سهام الوصايا حالة الإجازة ثلاثة وعشرون والكل على تسعة وستين فيعطى للموصى له بما عليه عشرة من المائة المؤداة آخرًا ويعطى لصاحب الثلث سهمان من المؤداة آخرًا وأربعة من المؤداة أولًا ويعطى لصاحب الثلث سهمان من المؤداة آخرًا أو أربعة من المؤداة أولًا وأربعة من المائة العين ولصاحب الربع ثلاثة من المائة العين

ولا حاجة إلى الطرح هاهنا؛ لأن المال صار كله عينا فأما التخريج لهما أن جميع الوصايا تسعة أسهم لما بينا فيجعل الثلث على تسعة والجميع تسعة وعشرون فلصاحب الجميع أربعة من الدين المؤدَّاة آخرًا ولصاحب الربع ثلاثة من المائة العين وباقي المال ينقسم على اثنين وعشرين سهما أربعة لصاحب الثلث وثمانية عشر للورثة.

ولو توى ما على صاحب الثلث وخرج ما على الآخر قسما على تسعة وخمسين لصاحب الربع ثلاثة من العين وللمؤدي عشرة من المائة المؤدّاة يبقى ستة وأربعون للورثة، وتخريجه أنه يجعل ثلث المال على مبلغ سهام الوصايا حالة الإجازة وذلك ثلاثة وعشرون فصار الجميع على تسعة وستين فاطرح من ذلك نصيب صاحب الثلث لا غير يبقى تسعة وخمسون وباقي التخريج على ما مرّ.

ولو أوصى لرجل بثلث العين ولرجل بربع إحدى المائتين الدين ولآخر بخمس المائة الأخرى، وأوصى لكل غريم بما عليه قسم العين على خمسمائة وستة وأربعين أربعون لصاحب ثلث العين وما بقي فللورثة؛ لأنه أوصى بخمس وصايات ثلث وثلث وربع الثلث وخمس الثلث وأقل حساب يخرج منه هذه الوصايا ستون فصار كل مائة ستين تبدأ بقسمة الدين فقد اجتمع في إحدى المائتين وصيتان وصيَّة بالجميع ووصيّة بالربع وفي الأخرى اجتمع فيهمَا وصيتان جميع وخمس أمَّا التي فيها وصيّة بالربع تقسم على المنازعة فصاحب الجميع يدعي الكل وصاحب الربع يدعي الربع وذلك خمسة عشرَ فيكون خمسة وأربعين لصاحب الجميع بلا منازعة؛ لأنه نفوذ بدعواه بقي خمسة عشرَ استوت منازعتهما فيها فتنصفت بينهما فانكسر بالنصف فأضعف فصار مائة وعشرين فصار كل مائة كذلك فصار نصيب صاحب الجميع بالتضعيف تسعين والمنكسر صار ثلاثين لكل واحد منهما خمسة عشَرَ لصاحب الجميع مائة وخمسة ولصاحب الربع خمسة عشرَ.

وأمَّا قسمة الدين التي فيها وصية بالخمس فقد اجتمع وصيتان وصيّة بالجميع ووصيَّة بالخمس ولا منازعة لصاحب الخمس فيما زاد على أربعة وعشرين من مائة وعشرين فيكون لصاحب الجميع بلا منازعة وذلك ستَّة وتسعون بقي أربعة وعشرون استوت منازعتهما فيها فتنصفت بينهما، لكل واحد اثنا عشر.

وأمّا قسمة العين لصاحب الثلث ثلاثة وذلك أربعون ولا شيء لواحد من أصحاب الوصايا في العين سوى صاحب الثلث؛ لأن وصيتهما مقيدة بالدين فبلغ سهام الوصايا مائتين وثلاثة وخمسين مائة وخمسة لصاحب الجميع ومائة وثمانية للموصى له بالخمس وأربعون للموصى له بالثلث إلا أن وصيّة الموصى له بالربع والخمس غير معتبرة في حق الاستحقاق؛ لأنه لم يخرج شيء من الدين الذي فيه وصيته يمكنه قبضه واستيفاؤه إنما اعتبرت ليظهر نصيب الموصى له بالجميع وإذا لم يعتبر وصيتهما في حق الاستحقاق بلغ سهام الوصايا في حق الاستحقاق مائتين وثلاثة وخمسين ونصيبهما على الغريمين إلى وقت الميسرة هذا إذا أجازت الورثة وإن لم يجيزوا يجعل ثلث المال على سهام الوصَايَا وهي مائتان وثلاثة وخمسون فصار الجميع سبعمائة وتسعة وخمسين فاطرح من ذلك نصيب الغريمين وذلك مائتان وثلاثة وعشرون يبقى خمسمائة وستة وأربعون واقسم المائة العين على ذلك للموصى له بالثلث أربعون والباقي للورثة، فإن خرجت المائة التي أوصى بربعها قسمت مع المائة العين على ستمائة وستة وتسعين أربعون منها لصاحب ثلث العين ولصاحب الربع خمسة عشر وللموصَّى له بتلك المائة مائة وخمسة؛ لأن سهام الوصايا مائتان وثلاثة وخمسون وقد انضمّ إليه نصيب صاحب الربع خمسة عشر فصارت مائتين وثمانية وستين فاجعل ثلث المال على ذلك السهام وصار الجميع ثمانمائة وأربعة أسهم فاطرح نصيب الذي لم يؤد وذلك مائة وثمانية تبقى ستمائة وستة وتسعون فاقسم المائتين العين على ذلك.

ولو خرج الدين كله قسم المال كله على ثمانمائة وأربعين سهمًا أربعون منها لصاحب ثلث العين وخمسة عشر لصاحب ربع المائة الدين ولصاحب تلك المائة خمسة ولصاحب الخمس اثنا عشر ولصاحب تلك المائة مائة وثمانية والباقي للورثة عند أبي حنيفة؛ لأن سهام الوصايا في هذه الحالة مائتان وثمانون؛ لأنه انضمَّ إليه نصيب صاحب الخمس اثنا عشرَ وإذا صار ثلث المال مائتين وثلاثين صار الجميع ثمانمائة وأربعين وعندهما إن لم يخرج من الدين شيء قسمت العين على ثلاثمائة لصاحب ثلث العين عشرون من ذلك والباقي للورثة، فإن خرجت المائة

التي أوصى بربعها قسمتا على أربعمائة وخمسة منها عشرون لصاحب ثلث العين وخمسة عشر لصاحب ربع المائة الدين وستون للذي أدَّى وما بقي للورثة، وإن خرج الدين كله قسم المال كله على خمسمائة وسهم واحد وعشرون لصاحب ثلث العين وخمسة عشر لصاحب ربع العين ومائة وعشرون للغريمين بينهما واثنا عشر لصاحب الخمس؛ لأن مخرج هذه الوصايا ستون فالقسمة عندهما على طريق العول وهو أن سهام الوصايا حالة الإجازة مائة وأربعون فاجعل ثلث المال على مائة وأربعين فصار الجميع مائة وعشرين ثمَّ اطرح نصيب الغريمين وذلك مائة وعشرون يبقى ثلث المائة فاجعل المائة العين على ثلث المائة لصاحب ثلث العين من ذلك عشرون والباقي للورثة، فإن خرجت المائة التي أوصى بربعها يضم المائة المؤدَّاة إلى المائة العين فصار مائتين تُقسم المائتان على أربعمائة وخمسة؛ لأن سهام الوصايا قبل خروج دين هذه المائة مائة وسبعة وستون فكذا بعد الخروج ثم اطرح نصيب الموصى له بخمس الدين وذلك اثنا عشر يبقى مائة وخمسة وخمسون فيجعل ثلث المال على ذلك وصار الجميع أربعمائة وخمسة وستين فاطرح نصيب الذي لم يؤد وذلك ستون ولصاحب ربع الدين خمسة ولصاحب العين عشرون، فإن خرج الدين كله فمبلغ سهام الوصايا مائة وسبعة وستون فلم يختلف الجواب في هذا فيقسم ثلث المال على قدر وصاياهم كما وصفنا، ولو لم يوص هكذا ولكنه أوصى لكل غريم بما عليه ولرجل بثلث ماله ولآخر بربع الدين كلّه ولم يخرج من الدين شيء قسم العين عند أبي حنيفة على خمسمائة وتسعين لصاحب ثلث المال سبعون ويمكن تخريجه من خمس ما ذكرنا وذلك مائة وثمانية عشرَ وهو أن يجعل كل دين على اثني عشر لحاجتك إلى الثلث والربع وأقل تخريجه اثنا عشر فصاحب الجميع تفرد بدعوى ثمانية؛ لأنه لا ينازعه أحد فيها فيكون له بلا منازعة بقي أربعة أسهم منها استوت فيه منازعته ومنازعة صاحب الثلث فينصف بينهما فانكَسَر بالنصف فأضعفه فصار كل دين على أربعة وعشرين لصاحب الجميع ستة عشرَ بلا منازعة أحد وسهم واحد من المنكسر الذي أضعفناه فصار له سبعة عشرَ ولصاحب الثلث بقي ستة أسهم استوت منازعة الكل فيه وكان بينهم أثلاثًا لكل

واحد سهمان فحصل لصاحب الجميع تسعة عشرَ ولصاحب الثلث ثلاثة ولصاحب الربع سهمان، وكذلك يقسم الدين الثاني فحصل للغريمين ثمانية وثلاثون لكل واحد تسعة عشر ولصاحب الثلث ستة ولصاحب الربع أربعة بقيت المائة للعين فيجعل على أربعة وعشرين، فإن لم يكن إلى ذلك حاجة ليصير الحساب من جنس واحد لصاحب الثلث ثلاثة ثمانية وقد حصل له من الدين ستة فصار أربعة عشر فبلغ الوصايا ستة وخمسين ثم اطرح نصيب الموصى له بالربع؛ لأن وصيته في الدين لا في العين ولم يخرج من الدين شيء يبقى اثنان وخمسون فمبلغ الوصايا حالة الإجازة فصار جميع المال مائة وستة وخمسين فاطرح نصيب الغريمين وذلك ثمانية وثلاثون يبقى مائة وثمانية عشر فاجعل المائة العين على مائة وثمانية عشرَ أربعة عشر من ذلك لصاحب ثلث المال ومائة وأربعة للورثة. ومحمد ضرب مائة وثمانية عشر في خمسة، فإن لم يقع الكسرُ في أنصباء الوصايا؛ لأنه يحتمل أنه يقع الكسرُ فيما بقي للورثة من مائة وأربعة أسهم بالخمس بأن كان ورثة الميت خمسة بنين أو خمسة إخوة فينكسر بالخمس فضرب ما بقي في خمسة ليزول الكسرُ فصار خمسمائة وتسعين، فإن خرجت إحدى المائتين قسمت مع المائة العين على سبعمائة وخمسة عشر للمؤدي خمسة وتسعون ولصاحب الربع عشرة ولصاحب الثلث سبعون وما بقي فللورثة؛ لأن سهام الوصايا قبل خروج هذا الدين اثنان وخمسون وقد خرج نصف حق الموصى له بالربع فيكون له من ذلك سهمان فيزاد على اثنين وخمسين فاطرح من ذلك نصيب الذي لم يؤد لا غير وذلك تسعة عشر تبقى مائة وثلاثة وأربعون فاقسم المائتين العين على ذلك ممَا أصاب سهمين فهو لصاحب الربع كله في المائة المؤداة وما أصاب تسعةَ عشرَ فهو للمؤدي كله في المائة المؤدَّاة وما بقي من المائة المؤداة يضمُّ إلى المائة العين فيقسم بين الورثة والموصًى له بثلث المال على مائة واثنين وعشرين أربعة عشرَ للموصى له ومائة وثمانية للورثة فاستقام الثلث والثلثان، فإن خرج الدين كله قسم المال على مائة وأربعين عشرونَ لصاحب الربع ومائة وتسعة للغريمين بينهما وسبعون لصاحب الثلث؛ لأنه متى خرج الدين كله لا يطرح شيءٌ من سهام الوصايا فقد بلغ سهام

الوصايا ستة وخمسين ثم يقسم المال على نحو ما ذكرنا وعندهما إن لم يخرج من الدين شيء قسم العين على سبعة واحد لصاحب الثلث وستة للورثة؛ لأن عندهما القسمة على العول على قدر وصاياهم والوصايا ثلث وثلث وثلث فاجعل ثلث المال على ثلاثة فصار الجميع على تسعة فاطرح نصيب الغريمين يبقى سبعة فاجعل المائة العين على سبعة سهم للموصى له بالثلث والباقي للورثة وإن خرجت إحدى المائتين قسمت على مائة وخمسة ثلاثة لصاحب الربع واثنا عشر للمؤدي واثنا عشر لصاحب الثلث؛ لأن الوصايا مائة ومائة وربع المائة فاجعل كل مائة على أربعة ويصرف صاحب كل مائة بأربعة فصار اثني عشر والموصى له بالربع يضرب بسهام فصار ثلاثة عشر وإذا صار ثلث المال على ثلاثة عشر صار الجميع تسعة وثلاثين ثم اطرح نصيب الذي لم يؤد لا غير ذلك أربعة وتسعة وثلاثون يبقى خمسة وثلاثون فاجعل المائة العين على خمسة وثلاثين، سهم من ذلك لصاحب الربع في المائة المؤداة والباقي يضم إلى المائة العين فيقسم بين الموصى له بثلث المال وبين الورثة على ثلاثين سهما أربعة للموصى له والباقي للورثة وإذا صارت المائتان العين على خمسة وثلاثين صارت المائة الدين على سبعة عشر ونصف لأنها نصف المائتين، وإن خرج الدين كله قسم المال على اثنين وأربعين سهمان لصاحب الربع وثمانية للدين أديا ويقسم ما بقي بين الورثة وصاحب الثلث على ثمانية أسهم له سهم وللورثة سبعة؛ لأن الوصايا ثلاثمائة ونصف المائة فاجعل كل مائة على سهمين فصار كله سبعة أسهم فبلغ سهام الوصايا سبعة فاجعل ثلث المال على سبعة فصار الجميع أحدًا وعشرين أربعة للغريمين في المائتين المؤداتين وسهم لصاحب الربع ثم يقسم الباقي بين الموصى له بثلث المال والورثة على ستة عشرَ سهمًا للموصى له والباقي للورثة، ولو أوصى لكل واحد بما على صاحبه ولرجل بثلث ماله ولم يخرج شيء من الدين لم يكن لهما شيء حتى يخرج ولا صاحب الثلث ثلث العين؛ لأنه لم يزاحمه أحد في العين؛ لأنه لا وصيّة لأحد في العين، فإن خرجت إحدى المائتين ضمت إلى العين وقسمتا في قول أبي حنيفة على تسعة وثلاثين سهما للموصى له بالمائة التي لم تخرج خمسة في المائة التي

أداها والباقي يقسم على ثمانية لصاحب الثلث سهم وللورثة سبعة ويحسب للذي لم يؤد مما عليه خمسة من اثنين وأربعين من جميع المال وذلك؛ لأن الحق في المائة المؤدّاة، وإن كان للذي لم يؤد إلا أن للمؤدي أن يستوفي وصيته مما أداه؛ لأن المؤدي موصى له بما على الذي لم يؤد وصاحب الحق متى ظفر بجنس حقّه كان له أن يحبسه قضاء بماله على المديون فصار المؤدّي كالموصى له بما عليه فقد اجتمع في المائة المؤدّاة وصيتان وصيّةٌ بالجميع ووصيّة بثالث فيقسم على المنازعة عند أبي حنيفة أصله من ثلاثة فصاحب الثلث لا يدعي إلا سهما فيكون سهمان لصاحب الجميع بلا منازعة بقي سهم استوت منازعتهما فيه فينصف بينهما فانكسر بالنصف فأضعف فصار ستة لصاحب الجميع خمسة ولصاحب الثلث سهم وصارت المائة العين على ستة لصاحب الثلث ثلاثة وذلك سهمان فحصل لصاحب الثلث أربعة سهمان في الدين وسهمان في العين وحصل للمؤدي خمسة وللذي لم يؤد خمسة فقد بلغ سهام الوصايا أربعة عشر فاجعل ثلث المال على أربعة عشر فصار الجميع على اثنين وأربعين ثم اطرح نصيب الذي لم يؤد؛ لأنه استوفى نصيبه مما عليه وذلك خمسة يبقى سبعة وثلاثون فاقسم المائة العين على سبعة وثلاثين خمسة للمؤدي وأربعة للموصى له بالثلث بقيَ ثمانية وعشرون للورثة، وإن شئت قلت: بأن المؤدي يأخذ من سبعة وثلاثين وصيّته وذلك خمسة؛ لأن وصيته مقيدة يبقى اثنان وثلاثون تقسم على ثمانية؛ لأن بين نصيب الورثة وصاحب الثلث موافقة بالربع؛ لأن نصيبه أربعة وبين أربعة وثمانية وعشرين موافقة بالربع فاختصر من نصيب كل واحد على ربعه فصار ثمانية أسهم لصاحب الثلث وسبعة للورثة وعندهما يقسم المائتين العين على ثمانية أسهم سهم للمؤدي وسهم للموصى له بالثلث وستة للورثة وتخريجه على نحو مَا مَرَّ.

(باب الوصية بالعتق والجناية)

(**المبسوط**): أصله أن الدم متى انقلب مالًا، فإنه يعتبر ذلك من مال الميت حتى تنفذ وصيته ويقضى دينه؛ لأن ذلك بدل نفسه وكان الميت أحق بنفسه حال جناية

وكان أحق ببدل نفسه بعد وفاته كما لو كان القتل خطأ أوجب الدية للمقتول بدلًا عن نفسه وجعله أهلا للملك لتنفيذ حقوقه فالدم متى كان مشتركا بين اثنين فعفا أحدهما يعتبر مال الميت خمسة آلاف حصة غير العافي ولا يجعل كأن العافي بالعفو استوفى خمسة آلاف من الدية؛ لأن العافي أتلف القصاص وأنه ليس بمالٍ ولا يمكننا أن نجعله مستوفيا للمال، ولهذا شهود القصاص إذا رجعوا لم يضمنوا وتقسم التركة بعد تنفيذ الوصيّة على السهام التي كانت تقسم قبل الوصية حتى يكون ضرر نقصان الوصية عائدا على الكل بقدر حصصهم لأن حقوقهم في التركة على السواء فما يلحقهم من الضرر بسبب تنفيذ الوصيّة يجب أن يكون على الكل؛ لأن الاستحقاق بالوصيّة بمنزلة الهلاك فهلاك بعض التركة على الكل فكذا الاستحقاق، فإذا أعتق عبدًا قيمته ألف في مرضه ثم قتل عمدًا وله وليان فعفا أحدهما أخذ غير العافي نصف الدية فقاسمه أخاه على اثني عشرَ سهمًا للعافي وعتق العبد بلا سعاية؛ لأن جميع مال الميت ستَّة آلاف خمسة آلاف للدية وألف قيمة العبد فالعبد من ذلك سدس ماله وإنه أقلُّ من الثلث فيعتق مجانًا فبقي خمسة آلاف بعد الوصية بالعتق فيقسم بينهما على اثني عشر؛ لأن الباقي بعد الوصية يقسم على السهام التي كانت قبل الوصية وقبل الوصية كان يقسم مال الميت بين الاثنين على اثني عشر؛ لأن حق العافي في نصف العبد خمسمائة وحق الساكت في خمسة آلاف نصف الدية وفي نصف العبد خمسمائة فاجعل كل خمسمائة من ذلك سهما وصار حق الساكت في خمسة آلاف وخمسمائة أحد عشر سهما وحق العافي سهم فيكون اثني عشر والذاهب للوصيّة ذهبَ على هذه السهام أحد عشر من حصّة الساكت وسهم من حصة العافي فيكون ضرر الوصيَّة عائدًا على قدر حقيهما من المال.

وإن كانت قيمة العبد ثلاثة آلاف تسعى في ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث فيقسم ذلك مع نصف الدية بين الاثنين على ستة عشر للعافي ستة أسهم والباقي للساكت؛ لأن مال الميت ثمانية آلاف خمسة آلاف نصف الدية وثلاثة آلاف قيمة العبد وثلث ماله ألفان وستمائة وستة وستون وثلثا درهم فيعتق منه هذا القَدر بغير

سعاية ويسعى في الباقي وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فبقي مال الميت خمسة آلاف وثلاثمائة وثلاثين وثلثين فيقسم بين الاثنين على ستة عشر؛ لأن حق العافي في نصف العبد وذلك ألف وخمسمائة وخمسة آلاف نصف الدية فاجعل كل خمسمائة سهمًا فصار حق العافي ثلاثة أسهم وحق الساكت ثلاثة عشر سهما لو لم يكن في المال وصيّة يقسم المال على هذه السهام فكذلك بعد الوصيّة، وإن مات العبد قبل أن يسعى فللعافي في سدس نصف الدية والباقي للآخر؛ لأن الباقي في المال بعد الوصيّة وهلاك بعض التركة يقسم بين الورثة على السهام التي كانت تقسم قبل الوصية والهلاك ولو لم يكن في المال وصيّة يقسم مال الميت بين الاثنين على ستة أسهم؛ لأن حقَّ العافي في نصف العبد وذلك ألف ومائتان وخمسون فاجعل كل ألف ومائتين وخمسين سهما فيصير حق العافي في سهم وحق الساكت في خمسة فيكون كله في ستة أسهم فيقسم بعد الوصية والهلاك على هذه السهام للعافي سهم من ستة وذلك سدس نصف الدية، ولو كان على المقتول دين قضي الدين من نصف الدية ثم اقتسما الباقي على سبعة سهم للعافي؛ لأن العبد صار مستوفيًا من وصيته قدر ألفي درهم لأنا نجعل الباقي من مال الميت بعد الدين وذلك أربعة آلاف درهم ثلثي مال الميت تزيد عليه مثل نصفه ثلثا وذلك ألفان فقد صار العبد مستوفيا من وصيته قدر ألفين فصار كأن الميت ترك خمسة آلاف درهم وعبدًا قيمته ألفان فيكون كله سبعة آلاف ذهب بالدين ألف وبالوصيّة ألفان بقي من المال أربعة آلاف فيقسم ذلك بين الاثنين على سبعة أسهم؛ لأن قبل الوصيّة، والدين حق العافي في نصف العبد قيمته ألف درهم وحق الساكت في نصف العبد ألف وفي خمسة آلاف نصف الدية فاجعل كل ألف سهما فصار حق العافي في سهم وحق الساكت في ستة أسهم فكذلك بعد الوصيّة والدين يقسم على هذه السهام، ولو كان له عبدان قيمة كل واحد ألفان، والمسألة بحالها يسعى كلُّ واحد منهما في خمسمائة يضم ذلك إلى نصف الدية يقسم بينهما على سبعة، للعافي سهمان؛ لأن جميع مال الميت تسعة آلاف خمسة نصف الدية وأربعة قيمة العبدين، وقد أوصى بأربعة آلاف وثلث ماله ثلاثة آلاف فيكون بين العبدين نصفين لاستواء

وصيّتهما فأصاب كل عبد ألف وخمسمائة وذلك ثلاثة أرباعه فيعتق من كل واحد ثلاثة أرباعه ويسعى في ربعه فيضم ألف السعاية إلى خمسة آلاف نصف الدية فيصير ستة آلاف تقسم بينهما على تسعة؛ لأن حق العافي في نصف العبدين وذلك ألفان وحق الساكت كذلك وله أيضًا نصف الدية فيكون نصيبه سبعة آلاف فيكون تسعة أسهم فيقسم ستة آلاف على تسعة أسهم للعافي من ذلك سهمان وذلك ألف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث الباقي للساكت، فإن مات أحد العبدين قبل أن يؤدي شيئًا يسعى الباقي في ستمائة فيضم إلى نصف الدية ويقسم بين الاثنين على اثنين وأربعين سهمًا ثمانية ونصف من ذلك للعافي والباقي للساكت؛ لأن الميت صَارَ مستوفيا وصيته وذلك سهم من ستة؛ لأن الثلث كان بينهما نصفين على سهمين بقي خمسة أسهم سهم من ذلك للعبد الحي، وأربعة أسهم للورثة وجميع مال الميت سَبْعَة آلاف خمسة آلاف نصف الدية ألفان قيمة العبد الحي فيكون للعبد الحي خمس سبعة آلاف وخمس السبعة آلاف ألف وأربعمائة فقد استوفى من وصيته ذلك القدر ويسعى في ستمائة تمام قيمته؛ لأن الميت صار مستوفيا من وصيته هذا القدر أيضًا؛ لأن حقهما صار مال الميت ثمانية آلاف وأربعمائة خمسة آلاف نصف الدية وألفان قيمة العبد الحي وألف وأربعمائة قيمة الميت وما زاد على ذلك صار تاويا فلا يحتسب من مال الميت وقد نفذنا الوصيَّة في ألفين وثمانمائة بقي للورثة خمسة آلاف وستمائة ضعف ما نفذنا الوصيّة فيه فيقسم ذلك بين الاثنين على أربعة وثمانين من غير كسر؛ لأن جميع مال الميت ثمانية آلاف وأربعمائة فاجعل كلَّ مائة سهمًا فصار أربعة وثمانين سهمًا سبعَةٌ للعافي؛ لأن حقه كان في ألف وسبعمائة والباقي للساكت وإذا أردت أن يخرج من اثنين وأربعين مع الكسر فاختصر من نصيب العافي على نصفه وذلك ثلاثة وثلاثون ونصف ومحمد لم ينل من الكسر متى جمع صار صحيحًا، ولو كان للميت ألف عين ومات أحد العبدين يسعى الحي في أربعمائة ويقاسم بين الاثنين على ثمانية وأربعين للعافي من ذلك أحد عشر ونصف؛ لأن مال الميت ثمانية آلاف خمسة آلاف نصف الدية وألفان قيمة العبد الحي وألف قائمة فللعبد الحي خمس ثمانية آلاف وذلك ألف وستمائة فيعتق من

الحي ذلك القدر ويسعى في أربعمائة فيظهر أن الميت صار مستوفيا من وصيته ألفًا وستمائة وتوى أربعمائة فقد نفذنا الوصيّة في ثلاثة آلاف ومائتين وحصل للورثة ضعف ذلك خمسة آلاف دية وألف قائمة وأربعمائة سعاية وذلك ستة آلاف وأربعمائة فيقسم ذلك بين الاثنين على ستة وتسعين فيقول قيمة العبدين ثلاثة آلاف وستمائة وألف قائمة بين الاثنين نصفين لكل واحد ألفان وثلاثمائة وقد كان للساكت خمسة آلاف نصف الدية فصار نصيبه سبعة آلاف وثلاثمائة فاجعل كل مائة سهمًا فيصير كل ألف عشرة أسهم فيصير نصيب العافي ثلاثة وعشرين ونصيب الساكت ثلاثة وسبعين فصار مال الميت مقسوما بينهما على ستة وتسعين وإذا أردت أن يخرج من ثمانية وأربعين مع الكَسْرِ فاختصر من نصيب كل واحد على نصفه، وإذا أوصى لرجل بعبد بعينه يساوي أربعة آلاف درهم لا مال له غيره ثم قتل رجل الموصي عمدًا وله ابنان فعفا أحدهما كان للموصى له ثلاثة أرباع العبد ويرد ربعه ويضم إلى نصفه الدية الذي تؤخذ من القاتل فيقسمانه على أربعة وخمسين للعافي من ذلك اثنا عشَر يأخذ منها أربعة ونصف من العبد والباقي من نصف الدية وتخريجه أن مال الميت كله تسعة آلاف خمسة آلاف دية وأربعة آلاف قيمة العبد وقد أوصى بأربعة آلاف والموصى له بأكثر من الثلث إذا لم تجز الورثة لا يضرب إلا بقدر الثلث فيكون للموصى له ثلث ماله ثلاثة آلاف وذلك ثلاثة أرباع العبد ويردّ ربع العبد إلى الورثة فيحصل للورثة ستة آلاف فيقسم ذلك بينهما على تسعة أسهم؛ لأن العبد كان بينهما نصفين لكل واحد ألفان وللساكت خمسة آلاف نصف الدية فاجعل كل ألف سهمًا فصارَ حق الساكت في سبعة وحق العافي سهمين وستة آلاف على تسعة لا تستقيم فاضرب ستة في تسعة فصار أربعة وخمسين كان للعافي سهمان ضربناهما في ستة فصار له اثنا عشر وللساكت سبعة ضربناها في ستة فصار اثنان وأربعون ثم العافي يأخذ أربعة ونصفًا من العبد الباقي وسبعة ونصف من الدية وللساكت أربعة ونصف في العبد والباقي في الدية؛ لأن العبد مع الدية جنسان مختلفان فيختلف المقصود بخلاف السعاية مع الدين؛ لأن السعاية من جنس الدية دراهم أو دنانير فلم يختلف المقصود فلهذا لم يبين حق كل واحد منهما في السعاية والدية والله أعلم.

كتاب العتق في المرض

افتتح محمد بن الحسن الكتاب بحديث روَاه أبو حنيفة عن حماد عن إبراهيم النخعي رضي الله عنهم مسندًا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: "**في الرجل يعتق عبده عند الموت وعليه دين يستسعى في قيمته**" معناه إذا كان الدين مثل قيمة العبد أو أكثر.

وهذا الحديث اشتمل على فوائد؛ **إحداها**: أن فيه دليل أن الدين مقدَّم على الوصيَّة؛ لأن العتق في مرض الموت وصية معنى لما تبين وقد أوجب على العبد السعاية في جميع قيمته ردًّا للوصيَّة لأجل الدين ولأن حق الغرماء تعلق بجميع ماله في مرض موته حتى صارَ ممنوعًا عن التبرع بماله إذا كان عليه دين محيط بالتركة فهو بالعتق المنفذ المنجز في مرضه أبطل حق الغرماء عن العبد؛ لأن العتق بعد وقوعه من مالك مكلّف نافذ منفذ لا يحتمل الانتقاض فلا يمكن نقضه لحق الغير ولا يمكن تضمين المتلف للحق لفقره وعسرته فضمّنا العبد قيمته؛ لأن منفعة العتق عائدة إليه فأمّا إذا كان الدين أقل من قيمته، فإنه يسعى بقدر الدين وله ثلث ما بقي بعد الدين؛ لأن بعضه مشغول بالدين وبعضه فارغ فيسعى للعبد ثلث الفارغ ويعتق هذا القدر مجانا ويسعى في ثلثيه. نظيره المولى إذا أعتق عبده المديون يضمن جميع قيمته، وإن كان الدين أقل من قيمته، فإنه يضمن قدر الدين؛ لأنه صار متلفا بقدره فكذا هذا **والفائدة الثانية**: أن فيه دليل على أن العتق المنفذ الموقع في المرض وصيّة حتى تكون الوصيَّةُ مؤخرة عن الدين وصار ضامنا بقيمته، ولو لم يكن العتق في المرض وصية لكان العتق في المرض والصحة سواء ولأن العتق في المرض تبرع واصطناع بالعبد؛ لأنه متعرٍّ عن العوض، والتبرع في مرض الموت اعتبر وصيةً كالهبة والصدقة المتقدمة، **والفائدة الثالثة**: أن فيه دليل أن العتق متى صدر عن المالك لا ينقض لحق الغير بدليل أنه عليه السلام أوجب السعاية ولم يبطل العتق وذلك؛ لأن العتق متى صدر عن المالك لا يمكن نقضه؛ لأن الرق

والمالية بالعتق قد تلاشى واضمحل والمتلاشي والمتفاني لا يتصور العود كالمال الساقط بالإبراء لا يحتمل العود بخلاف الهبة والصدقة المنفذة في المرض، فإنه ينقض لحق الغرماء؛ لأن المعقود عليه وهو المالية والملك قائم غير متلاشٍ ومتفانٍ والعقد مما يحتمل الانتقاض والانفساخ بالتراضي فينقض صونًا لحق الغرماء عن الإبطال والإهدار والله أعلم.

(باب العتق في المرض)

(المبسوط): مسائله على فصول:

أحدها: في استعجال المعتق بعض السعاية إلى مولاه.

والثاني: في ترك اكتسابه بعد موته.

والثالث: في ترك اكتسابه وترك المولى أيضًا مالًا.

والرابع: في تعجيل بعض السعاية في حياته وترك اكتسابه بعد مماته.

(الفصل الأول)

وإذا أعتق عبدًا في مرضه قيمته ثلاثمائة فعجل العبد لمولاه مائتي درهم فأنفقها ثم مات ولا مال له غيره سعى في ثلثي المائة الباقية وسلم له ثلث المائة وهو حرّ؛ لأن العتق في مرض الموت وصية، وفي الوصايا يعتبر مال الميت يوم القسمة لا يوم الوصية والموت ومال الميت يوم القسمة عن مائة درهم؛ لأنه لما عجل ثلثي السعاية في حياة المولى صح التعجيل؛ لأنه عجل بعد وجود سبب الوجوب؛ لأن السعاية تجب عليه بعد الموت لكن بالسبب السابق وهو العتق وتعجيل الحكم بعد وجود سبب الوجوب جائز كتعجيل الزكاة وغيرها فصَار المعجل ملكا للمولى وقد أنفقها في حاجته الحالية والوصايا تنفذ فيما يفضل عن حاجته الحالية والفاضل عن حاجته يوم القسمة مائة درهم، وقد أوصى للعبد بجميع المائة فيكون له ثلث المائة الباقية.

ولو عجل قيمته كلها فأنفقها لم يسع في شيء؛ لأنه أدّى قيمة نفسه مرّة بَعدما

صار مكاتبا عند أبي حنيفة وحرًّا مديونًا عندهما فلا يلزمه مرّةً أخرى كالمكاتب الحقيقي إذا أدى بدل كتابته مرّة وكالعتق على مال إذا أدّى بدل العتق مرّةً فكذا هذا.

(الفصل الثاني)

ولو لم يعجل شيئًا واكتسب العبد ألف درهم ثمّ مات العبد وترك بنتًا ومولاه ثم مات السيد فللمولى من الألف خمسمائة وعشرون درهما، وسعاية العبد من ذلك أربعون وميراثه أربعمائة وثمانون والباقي للبنت وتخريجه لأبي حنيفة أن معتق المريض معتق البعض؛ لأن العتق في المرض وصيّة والوصيّة تنفد من الثلث ومعتق البعض بمنزلة المكاتب عنده وعندهُمَا بمنزلة حرّ عليه دين فعنده يؤخذ من الألف المتروكة جميع السعاية صيانة للقضاء بالجزية عن البعض لأنا متى أخذنا منه ثلثي السعاية وحكمنا بحريته فمتى ظهر على المولى دين مستغرق بالسعاية ظهر أنه لم يؤد بدل الكتابة والمكاتب لا يعتق ما لم يؤد جميع بدل الكتابة فيؤخذ منه جميع السعاية حتى لا يحتاج إلى نقض الحكم بحريته ومتى أخذ منه جميع السعاية بقي مال العبد سبعمائة فيكون بين البنت والمولى نصفين؛ لأن المكاتب مات عن وفاءٍ وأدّيت كتابته فيحكم بحريته وحرية أولاده في آخر جزء من حياته فثلاثمائة وخمسون للمولى فتضم إلى السعاية وهي ثلاثمائة فيكون ستمائة وخمسين وهذا مال المولى ثم تخريجه أن يجعل ذلك المال على ثلاثة أسهم لحاجتك إلى الثلث فأعط للعبد بالوصيّة سهما؛ لأن وصية العبد لم تبطل قبل موت الموصي فصار كالهبة والصَّدقة المتقدمة حياته ثمَّ سهم العبد صَار ميراثا بين بنته وبين المولى نصفين فانكسر بالنصف فأضعف أصل الفريضة فصار ستة فصار للعبد سهمان لكل واحد سهم فقد حصل في يد المولى خمسة أسهم والسهم الخامس زيادة مال ظهر للمولى فلا بد من تنفيذ وصيَّة العبد فيه فيزداد مال العبد فيصير ذلك ميراثا بين المولى والبنت فيزداد مال المولى فيجب تنفيذ الوصيَّة فيه ثانيًا فيزداد مال العبد فيصير ميراثا فلا يزال يدور هكذا وسهم الدور ساقط فيطرح من حيث يقع وقد وقع من جانب المولى بسبب ميراثه فيطرح سهم من حق المولى فيبقى حق المولى في

ثلاثة وحق العبد في سهمين فصار مال المولى وذلك ستمائة وخمسين على خمسة أسهم خمسمائة للعبد وذلك مائتان وستون وثلاثة أخماسه للمولى فظهر أن وصية العبد في مائتين وستون فيعتق منه هذا القدر مجانا وعليه السعاية في أربعين تمام قيمته وهي ثلاثمائة فيؤخذ من الألف المتروكة منه أربعون للسعاية تبقى تسعمائة وستون حال عن الدين والوصية فيكون بين البنت والمولى نصفان لكل واحد أربعمائة وثمانين يضم ذلك إلى السعاية فصار للمولى خمسمائة وعشرون.

وأمّا تخريج أبي يوسف بأن مال الميت جزء مديون فيأخذ المولى من الألف المتروكة ثلثي السعاية وذلك مائتي درهم تبقى ثمانمائة فيكون بين المولى والبنت نصفان لكل واحد أربعمائة فيكون مال المولى الذي لم تنفذ فيه الوصية أربعمائة والسعاية مال المولى لكن نفذنا فيه الوصيّة مرّة وجعلنا للعبد من السعاية مائة درهم وأعطينا للمولى مائتي درهم بقي من مال المولى أربعمائة فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم سهم للعبد وستة فيكون ذلك السهم ميراثًا بين البنت والمولى نصفين وانكسر فأضعف أصل الفريضة فصار ستة فصار للعبد سهمان فيكون للمولى سهم فصار في يد المولى خمسة فقد حصل في يد المولى زيادة سهم لم تنفذ الوصيَّة فيه فمتى نفذنا الوصيَّة فيه يصير ميراثًا ثانيا هَكَذَا يدور لما بينا فيطرح السهم الدائر من حق المولى فصار أربعمائة على خمسمائة ثلاثة أخماس للمولى وخمساه للعبد وذلك مائة وستون وهذا القدر وصيّة للعبد من أربعمائة فضم ذلك إلى ما أصابه من السعاية وذلك مائة فصار له مائتان وستون فعتق هذا القدر منه مجانا وعليه السعاية في أربعين، وأما تخريج محمد بأن العبد حرّ مديون فيأخذ المولى من الألف المتروكة ثلثي السعاية وذلك مائتا درهم يبقى ثمانمائة فيكون جميع مال العبد ثمانمائة فيكون بين المولى والبنت نصفين أصل الفريضة من سهمين ثم سهم المولى ما استفاده المولى لم تنفذ منه الوصيَّة فيه فيكون ثلاثة للعبد فانكسر بالثلث فاضرب أصل الفريضة وذلك سهمان في ثلاثة فيكون ستة فيكون للمولى ثلاثة ثلثها للعبد وذلك سهم ثم سهمه صار ميراثا بين البنت والمولى نصفين فيعود شيء إلى المولى فيزداد ماله فيجب تنفيذ الوصيَّة فيه ثم هكذا يدور فاطرح هذا السهم من

مال العبد؛ لأن الدّور وقع من جانب العبد بسبب ماله، فإنه لو لم يكن ماله كان لا يقع هذا الدور فصار مال العبد على خمسة فأعط للعبد بالوصيَّة قدر ما طرحه للسهم الدائر وذلك خمس جميع مال العبد وجميع ماله ثمانمائة فيكون خمسه مائة وستون وصية للعبد يضم إلى ما أصابه من السعاية وذلك مائة فتصير مائتين وستين وعليه السعاية في أربعين، ولو عجل العبد للمولى قيمته فأنفقها المولى والمسألة بحالها فللبنت من تلك الألف ستمائة، ولوارث المولى أربعمائة؛ لأن العبد لما أدى السعاية كلها إلى المولى صَار حرًا بالإجماع فقد مات العبد حرًا وترك ألفًا ولا دين عليه فيكون ميراثا من البنت والمولى نصفان فظهر أن مال المولى يوم القسمة كان خمسمائة فيحصل نصيبه على ثلاثة أسهم فللعبد ثلاثة وذلك سهم ثمَّ سهمه يكون ميراثا بين بنته ومولاه فانكسر فأضعفت الفريضة فصارت ستة فصارت وصيّة العبد سهمين بين بنته ومولاه، نصفان لكل واحد فصار في يد وارث مولاه خمسة أسهم فقد ظهر للمولى زيادة مال وهو السهم الخامس، ومتى نفذنا الوصية فيه صار ميراثا فيؤدي إلى الدّور فيطرح من حيث يقع وإنما وقع من جانب المولى؛ لأنه منه ظهر ابتداء سبب الوصيّة وإليه يعود بسبب الميراث فيطرح سهم من نصيب المولى فبقي ثلاثة وحق العبد سهمان وصار خمسة فاجعل خمسمائة على خمسة أسهم خمساه وذلك مائتان للعبد يعتق منه بقدر مائتين، وعليه السعاية في مائة وقد أخذ المولى منه ثلاثمائة وحق المولى كان في مائة أخذ منه زيادة مائتين بغير حق وأتلفها فصار دينا عليه للعبد فقد ظهر في الأخرى أن مال العبد ألف ومائتان فيكون ميراثا بين بنته ومولاه نصفين، لكل واحد ستمائة إلا أنه يحسب مائتين من نصيبه مما عليه يبقى له أربعمائة من الألف العين وللبنت ستمائة من الألف العين فحصل للمولى ألف عين ومائتين دين عليه فصار مال المولى ستمائة وقت القسمة وقد نفذنا الوصيّة في ثلثه وذلك مائتان وحصل في يد الوارث ثلثاه وذلك أربعمائة وهذا تخريجهما. فأمَّا تخريج محمد أن يجعل مال العبد على سهمين سهم للمولى ثم صار للمولى وللعبد منه ثلاثة وصية فانكسر السهم بالثلث فاضرب أصل الفريضة وذلك سهمان في ثلاثة فصار ستة صار للمولى ثلاثة ثلثها للعبد وذلك سهم ثم ما

صار للعبد بالوصيّة يعود شيء منه إلى المولى بالميراث وهو السهم الدائر فاطرح من جانبي العبد فصار جميع مال العَبد على خمسة فأعط وصية العبد قدر ما طرحته وذلك خمس جميع ماله وخمس الألف مائتان فقد ظهر أن وصية العبد مائتا درهم وعليه السعاية بقدر مائة وقد أدى ثلاثمائة فصار مائتان دينًا للعبد على المولى وظهر في الأخرى أن مال العبد ألف ومائتان فيكون بين بنته ومولاه نصفين لكل واحد ستمائة إلا أنه يحسب مائتين من نصيب المولى مما عليه يبقى له أربعمائة، ولو اكتسب العبد ومات عن ثلاثمائة وترك بنتًا وامرأة ثم مات المولى في مرضه فما ورثه المولى من ذلك مائتان وثمانية وعشرون وأربعة أسباع درهم وللبنت سبعة وخمسون درهمًا وسبع دراهم وللمرأة أربعة عشر درهمًا وسبعا درهم وتخريجه لأبي حنيفة أن العبد مكاتب مات عن وفاءٍ فيأخذ المولى جميع السعاية وهذه الثلاثمائة مال المولى فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم للعبد ثلثها بالوصية وذلك سهم فيكون مقسوما بين ورثته على ثمانية فانكسر بالثمن فاضرب أصل الفريضة وذلك ثلاثة في ثمانية فصار أربعة وعشرين للمولى ستة عشر وللعبد ثمانية فيقسم بين ورثته للمرأة سهم وللبنت أربعة بقي ثلاثة للمولى ثم هذه الثلاثة مال استفاده المولى لم تنفذ الوصية منه فيه فتنفذ وصيّة العبد منه فيكون له سهم من ثلاثة أسهم العبد يكون مقسومًا بين ورثته على ثمانية فيعود إلى الولي ثلاثة أثمانه فيدور هكذا وسهم الدور طرح من حيث يقع وإنما يقع الدور من حيث المولى لما بينا والدور ثلاثة أسهم فيطرح ثلاثة أسهم من حق المولى فيبقى حقه في ثلاثة عشر وبقي حق العبد في ثمانية فيكون جملة ذلك أحد وعشرون ثم ما صار للعبد وذلك ثمانية يعود ثلاثة منها إلى المولى بالميراث فيصير له ستة عشر وقد نفذنا الوصية في ثمانية وثمانية من أحد وعشرين يكون ثلث المال وسبع ثلثه؛ لأن سبع ثلثه سهم فيقسم ثلث ثلاثمائة على هذه السهام فثلث ثلاثمائة وسبع ثلاثة يكون مائة وأربعة عشر سهما وسبعين درهم؛ لأن ثلث ثلاثمائة وسبعمائة أربعة عشر وسبعون درهمًا؛ لأن سبع ثمانية وتسعين أربعة عشر بقي إلى تمام مائة درهمان من كل درهم سبعة ثم ما حصل للعبد بالوصية نصفه للبنت وذلك سبعة وخمسون وسبع درهم وللمرأة ثمنه

وذلك أربعة عشر درهما وسبعين درهم وللمولى ثلاثة أثمانه وذلك اثنان وأربعون وستة أسباع ثم يضم ما عاد إلى المولى بالميراث إلى ما بقي له من السعاية فيصير كله مائتين وثمانية وعشرين وأربعة أسباع درهم.

وأمَّا تخريج أبي يوسف وهو أن للمولى من قيمة العبد مائتي درهم وللعبد مائة وصية فيجعل مائة العبد على ثمانية للبنت النصف أربعة وللمرأة الثمن سهم بقي ثلاثة فهي للمولى فيكون ثلثها وهو سهم للعبد فيقسم بين ورثته وقد انكسر بالثمن فاضرب أصل الفريضة وهو ثمانية في ثمانية فيصير أربعة وستين فصار ثلث المال الذي هو نصيب العبد على العبد على أربعة وستين ثلاثة أثمانه للمولى بالميراث وذلك أربعة وعشرون وهذا مال استفاده المولى فتنفذ منه الوصية ثم هكذا يدور وهذا سهم الدور وهي ثلاثة فيطرح ممَّا في يد المولى ثلاثة فبقيَ في يده ثلاثة عشر وقد نفدنا وصية العبد في ثمانية فصار كله أحدًا وعشرين ولما صار ما للمولى بالميراث من الثلث على أحد وعشرين صار جميع المال في جميع الثمانية على ستة وخمسين للعبد ثمانية قدر سبعة وقد أعطيناه مائة في الابتداء فصار له ثلث المال وسبع ثلثه كما قاله أبو حنيفة.

وأما تخريج محمد وهو أن يؤخذ من العبد مائتا درهم بالسعاية يبقى له مائة وصية فيقسم بين ورثته على ثمانية للبنت أربعة وللمرأة سهم بقي ثلاثة للمولى وهذا هو السهم الدائر فيطرح ذلك من مال العبد؛ لأن الدور يقع بسبب وصية فصار مال العبد على سبعة فأعط للعبد ما طرحناه بالدَّور؛ لأن ذلك قدر وصيته فيكون له سبعمائة درهم وذلك أربعة عشر وسبعي درهم وقد أصاب في الابتداء مائة فصار له بالوصية مائة وأربعة عشر وسبعي درهم فحصل له بالوصية ثلث المال وسبعي ثلثه ثم الباقي على نحو ما مر.

ولو ترك بنتين وامرأة ومولاه والمسألة بحالها قسمت الثلاثمائة على سبعمائة وستين للمولى من ذلك ثلاثة وأربعون سهما سبعمائة وخمسة مما بقي ميراثه وللبنتين ستة عشر وللمرأة ثلاثة، وتخريجه لأبي حنيفة أن يجعل ثلاثمائة على ثلاثة أسهم سهم وصية للعبد ثم يقسم سهم العبدين ورثته على أربعة وعشرين لحاجتك

إلى الثمن والثلثين وقد انكسر فاضرب ثلاثة في أربعة وعشرين فصار اثنين وسبعين للعبد أربعة وعشرون وللمولى ثمانية وأربعون فنصيب العبد يقسم بين ورثته للبنتين الثلثان ستة عشر وللمرأة الثمن ثلاثة بقي خمسة للمولى وتلك الخمسة هي السهام الدائرة فيطرح تلك من مال المولى فبقي حق المولى في ثلاثة وأربعين وحق العبد في أربعة وعشرين فصار المال على سبعة وستين ثم ما صار للعبد بالوصية يعود إلى المولى بالميراث خمسة فيصير ذلك إلى ما كان له من سهام السعاية فصار له ثمانية وأربعون ثلاثة وأربعون سعاية وخمسة ميراث وأما التخريج على أصلها فعلى ما ذكرنا.

(الفصل الثالث)

فإذا أعتق في مرضه عبدًا قيمته ثلاثمائة ثم اكتسب العبد ثلاثمائة ثم مات وترك بنتًا ثم مات المولى وله أيضًا ثلاثمائة فوصية العبد مائتان وأربعون للمولى من ذلك مائة وعشرون بالإرث وللبنت مائة وعشرون وتخريجه أن مال المولى ستمائة ثلاثمائة رقبة العبد وثلاثمائة متروكة فيجعل ذلك على ثلاثة سَهمٌ للعبد فيكون بين بنته ومولاه نصفين فانكسر بالنصف وأضعف فصار ستة صار للعبد سهمان فيعود نصفه وذلك سهم إلى المولى بالميراث فصار في يد ورثته خمسة ويجب أن يكون في أيديهم أربعة فالسهم الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيبهم وذلك أربعة فبقي لهم ثلاثة وبقي للعبد سهمان فصار مال المولى في الآخرة على خمسة خمسان للعبد وذلك مائتان وأربعون بقي عليه من السعاية ستون فأخذ المولى من تركة العبد ستون درهما يَبْقَى من تركة العبد مائتان وأربعون فيعود نصفه إلى المولى بالميراث وذلك مائة وعشرون يضم إلى ستين فصار مائة وثمانين ثم يضم ذلك إلى ثلاثمائة المتروكة فصار أربعمائة وثمانين وقد نفذ بالوصية في نصف ذلك للعبد وذلك مائتان وأربعون فاستقام الثلث والثلثان، وإذا أعتق في مرضه عبدًا قيمته ثلاثمائة ثم مات العبد وترك مائتين وعشرة دراهم وترك بنتًا فللمولى ممَّا تَرك مائتان وأربعة وللبنت ستة وحاصل وصيّة العبد مائة واثنان وسعايته مائة وثمانية وتسعون وتخريجه على أصلهما أن المولى يأخذ مائتي درهم ثلثي السعاية مما تركه العبد

وتبقى عشرة فيكون بين البنت والمولى نصفان لكل واحد فعند أبي يوسف للعبد خمسون ما ورثه المولى بعد طرح السهم الدائر لما بينا، وعند محمد خمُس العشرة وذلك درهمان أعطينا له مائة درهم في الابتداءِ فصار له مائة ودرهمان فظهر في الأخرى أن وصيَّة العبد مائة ودرهمان وعليه من السعاية مائة وثمانية وتسعون يؤخذ ذلك من تركة العبد يبقى ماله الفارغ من الدين اثني عشر فيكون بين بنته ومولاه نصفين لكل واحد ستة فيضمّ ستة إلى ما أخذ المولى بالسعاية وذلك مائة وثمانية وتسعون فصار كله مائتين وأربعة دراهم وتخريجه لأبي حنيفة أن المولى يأخذ جميع تركة العبد بالسّعاية وذلك مائتان وعشرة فيجعل ذلك على ثلاثة سهم للعبد بالوصية وسهمان للورثة ثم يعود من سهم العبد نصفه إلى المولى بالميراث وقد انكسر فأضعف فصار ستة سهمان للعبد فيعود سهمُ المولى وهو السّهم الدائر فاطرحه من نصيب المولى يبقى له ثلثاه وبقي حق العبد في سهمين فصار ماله في الآخرة على خمسة ثلاثة للمولى وسهم للعبد ثم يعود سهم إلى المولى بالميراث فيصير في يد ورثة المولى أربعة وقد نفذنا الوصيّة في سهمين فاستقام الثلث والثلثان فيقسم مائتين وعشرة على خمسة خمساه للعبد وذلك أربعة وثمانون ثم يعود نصف ما للعبد إلى المولى بالميراث وذلك اثنان وأربعون فصار في يد الورثة مائة وثمانية وستين ضعف ما نفذنا الوصيَّة فيه.

(الفصل الرابع)

لو كان عجل مائة إلى المولى فأكلها ثمَّ مات وترك ثلاثمائة وبنتًا ومولاه فللمولى من ذلك مائة درهم بالسعاية ومائة بالميراث.

وتخريجه لأبي حنيفة رحمة الله عليه وهو أن السيد مات مكاتبًا عن وفاءٍ فيأخذ المولى من تركته ثلثي السعاية وذلك مائتي درهم؛ لأنه أدّى ثلث السعاية مرّة فلا يؤخذ من تركته مرّة أخرى بقي للعبد مائة فيكون ميراثا بين المولى والبنت نصفين فنصيب المولى خمسون يضم إلى مَا أخذ من السعاية فصار ماله مائتين وخمسين فيحصل ذلك السهم ميراثا فانكسر بالنصف فأضعف أصل الفريضة فصار ستة فصار للعبد سهمان يعود نصفه إلى المولى بالميراث فيصير خمسة فالسهم الخامس هو السهم الدائر فيطرح ذلك السهم من نصيب المولى فبقي حقه في ثلثه وحق العبد

في سهمين فصار مال المولى وذلك مائتان وخمسون على خمسة خمس للعبد وذلك مائة فظهر أن وصيّة العبد كانت في مائة وعليه السعاية في مائتي درهم وقد أدى من السعاية مائة فبقي حق المولى في تركة العبد في مائة يبقى مال العبد مائتين بين البنت والمولى نصفين فقد عاد إلى المولى بالميراث مائة فصار مال المولى مائتين مائة بالسعاية ومائة بالميراث وللعبد مائة بالوصية وللبنت مائة بالميراث، وأما تخريجهما على نحو مَا مرَّ، ولو عجل مائتين فللمولى من هذه الثلاثمائة عشرون درهما بالسعاية ومائة وأربعون بالميراث وتخريجه لأبي حنيفة وهو أن يأخذ المولى بالسعاية ما بقي على العبد وهو مائة بقي مائتان للعبد فيكون ميراثا بين البنت والمولى، نصفان لكل واحد مائة فصار مال المولى مع السعاية مائتان فيجعل تلك على ثلاثة سهم للعبد بالوصيّة ليصير ميراثًا بين البنت والمولى نصفين وانكسر بالنصف فأضعف الفريضة فصارت ستة للعبد سهمان فيعود سهم إلى المولى بالميراث وهو السهم الدائر فيطرح ذلك من نصيب المولى فيبقى حق المولى في ثلثه وحق العبد في سهمين فصار مال المولى وذلك مائتان على خمسة ثلاثة أخماسه للمولى وخمسَاه للعبد وذلك ثمانون فظهر في الأسهام أن وصية العبد في ثمانين وأن عليه من السعاية مائتين وعشرين إلا أنه أدى من ذلك مائتين وعشرة دراهم مرة بقي عليه من السعاية عشرون فيأخذ المولى من تركة العبد عشرين درهما يبقى مال العبد مائتين وثمانين فيكون بين بنته ومولاه نصفين فيكون للمولى مائة وأربعون يضمُّ إلى ما أخذ من السعاية وذلك عشرة فصار مائة وستين وقد نفذنا الوصيّة للعبد في ثمانين فاستقام الثلث والثلثان فللبنت مائة، ولو عجل كل قيمته والمسألة بحالهَا كانت وصيَّةُ العبد ستين يقال للبنت خذي ذلك من الثلاثمائة يبقى مائتان وأربعون سهما بينهما وبين المولى نصفان فتخريجها وهو أن العبد مات حرًّا؛ لأنه أدى جميع ما عليه من السعاية في حياته فكان تخريجها في هذه الحالة سواء فيقول الثلاثمائة كلها تركة العبد لأنها خالية عن الدين والوصيّة فيكون ميراثا بين البنت والمولى نصفين فللمولى مائة وخمسون ثلث ذلك للعبد بالوصيّة وذلك سهم فيقسم بين بنته ومولاه نصفين فانكسر بالنصف فأضعف الفريضة فصار ستة للمولى

أربعة وسهمان للعبد فيكون بين البنت والمولى نصفين سهم للمولى فصار له خمسة فالسهم الخامس هو الدائر فيطرح ذلك من نصيب المولى فيبقى له ثلاثة وحق العبد في سهمين فصار مال المولى على خمسة خمساه للعبد وذلك ستون فظهر أن وصية العبد في ستين ويحتسب ستين درهما مما على المولى من السعاية من نصيبه من الميراث؛ لأن العبد لما أدّى ثلاثمائة فقد أدى زيادة ستين درهما على ما عليه من السعاية وصار ذلك دينا على المولى لما أكلها.

ولو كان العبد أدى إلى المولى خمسمائة فأكلها ثمّ مات العبد وترك بنته ومولاه ثم مات المولى فلورثة المولى من ذلك مائة وعشرون وللبنت ما بقي ووصيَّة العبد مائتان وستون وسعايته أربعون وتخريجه على قولهما أن مال العبد الخمسمائة المتروكة ومائتا درهم دين على مولاه؛ لأنه أدّى زيادة مائتي درهم على سبعمائة فصار مال العبد سبعمائة فيكون بين بنته ومولاه نصفين، لكل واحد ثلاثمائة وخمسون فيقضي المولى من نصيبه ما عليه من الدين وذلك مائتان يبقى له مائة وخمسون ومولاه نصفان فانكسر فأضعف فصار ستة سهمان للعبد يعود منها سهم إلى المولى بالميراث فصار له خمسة فالسهم الخامس هو الدائر فيطرح ذلك من نصيب الموالي فبقي له ثلاثة وحق العبد فصار مال المولى وذلك مائة وخمسون على خمسة خمسان للعبد وذلك ستون فظهر أن وصيّة العبد في ستين وعليه من السعاية مائتان وأربعون وقد أدّى العبد خمسمائة فصار مؤديا زيادة مائتين وستين فظهَرَ في الآخرة أن دين العبد على المولى مائتان وستون فيضم ذلك إلى الخمسمائة المتروكة فيصير كله سبعمائة وستين، بين البنت والمولى نصفان فيحسب من نصيب المولى ممّا عليه وذلك مائتان وستون يبقى له مائة وعشرون بالإرث فيأخذه من الخمسمائة المتروكة ويبقى للبنت ثلاثمائة وثمانون.

(باب عتق العبدين في المرض)

(المبسوط): ولو أعتق عبدين في مرضه قيمة كل واحد منهما ثلاثمائة لا مال له غيرهما فمات أحدهما وترك ألف درهم اكتسبها بعد العتق ولا وارث له غير المولى

سعى الحي في أربعين درهما فكانت للمولى مع الألف التي تركها الميت؛ لأن مال العين ألف وثلاثمائة ألف متروكة الميت وثلاثمائة قيمة الحي وقد أوصى بسبعمائة لما أعتق العبيد في مرضه وستمائة أكثر من ثلث ماله والوصايا تنفذ من الثلث إذا لم يجز الورثة فيجعل ماله على ثلاثة أسهم، سهم للعبدين بالوصيّة بينهما نصفان فانكسر فأضعف فصار ستة للمولى أربعة وللعبدين سهمان لكل واحد سهمٌ فأطرح نصيب الميت وذلك سهم لأنه استوفَاهُ، بقي سهمٌ خَمسة سهم للحيّ وأربعةٌ للمولى فظهر أن وصيَّة الميت خمس ماله العين وذلك ألف وثلاثمائة وخمسها مائتان وستون فظهر أن الميت صار مستوفيًا مائتين وستين وعليه من السعاية أربعون يستوفيه المولى من تركته ويبقى له تسعمائة وستين بالميراث منه فصار جميع الألف للمولى فيضمّ إليه سعاية الحيّ فصار له ألفٌ وأربعون وقد نفذنا الوصيّة في خمسمائة وعشرين أو بقي لورثة المولى ألف وأربعون فقد استقام الثلث والثلثان.

ولو مات أحدهمَا وترك مائة درهم وبنته ومولاه، فالمائة كلها للمولى بالسعاية ويسعى الحي في مائتين وعشرين وتخريجه أن جميع المائة المتروكة مستغرقة بالسعاية فلا يكون لبنته ميراثٌ فصار كأن العبد مات وترك مولًى ولم يترك بنتًا وكانت المائة المتروكة للمولى فمال المولى المائة المتروكة وقيمة الحيّ وذلك ثلاثمائة وكان ماله أربعمائة وقد أوصى بتسعمائة فاجعل ماله العين على ثلاثة سَهم للعبدين انكسرَ بينهما بالنصف فأضعف فصار ستة فصار لهما سهمان بينهما نصفين فاطرح وصيّة الميت وذلك سهم بقي خمسة للمولى أربعة وللحي سهم وهو خمسة فظهر أن وصيّة الحيّ في خمس أربعمائة وذلك ثمانون درهما فظهر أنّ وصيته في ثمانين وسعايته في مائتين وعشرين ووصيَّة الميت وسعايته مثل ذلك وقد ترك الميت مائة وتوى ما عليه مائة وعشرون فظهر أن مال المولى أربعمائة وثمانون أربعمائة عين وثمانون وصيّة للميت؛ لأن ما استوفاه الميت يعتبر مال المولى وقد نفذنا الوصيّة في مائة وستين وحصل للمولى ضعف ذلك وهو ثلاثمائة وعشرون مائة ما تركه العبد ومائتان وعشرون سعاية العبد الحي فيكون جملة ما حصل لورثة المولى ثلاثمائة وستين فقد استفاد الثلث والثلثان ويؤدي من سعاية العبد مائة

وعشرين ولو ترك مائتين وخمسين وبنته ومولاه أخذ المولى منها بالسعاية مائة وخَمسة وتسعين درهما وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم ونصف الباقي بالميراث وذلك سبعة وعشرون وثلاثة أجزاء ويسعى العبد الحي في مائة وخمسة وتسعين وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم وتخريجه على أصل أبي حنيفة وهو أن العبد مات وترك زيادة خمسين درهما على سعايته فكانت ميراثا بين المولى والبنت نصفين ونقصان خمسين درهما عن القيمة فيضرب هذا النقصان إلى الميراث لا إلى السعَاية لأنها دين والدين مقدّمٌ على الميراث أبدا يصرف إلى الميراث وكان على المولى والبنت نصفان فيصيب المولى من ذلك خمسة وعشرين إلا أن ما يصيب المولى من النقصان يحيى بعد ذلك؛ لأنه يأخذ ذلك من وصيَّة العبد الميت فصار مال المولى خمسمائة وخمسة وسبعين، ثلاثمائة قيمة العبد الحي ومائتان وخمسون تركة العبد الميت وخمسة وعشرين ما حيي من النقصان الذي أوصى به وقد أوصى بستمائة فيجعل خمسمائة وخمسة وسبعين على ثلاثة أسهم سهم للعبدين وقد انكسر بينهما بالنصف فضعفناه فصار ستة، للمولى أربعة وللعبدين سهمان لكل واحد سهم إلا أن سهم الميت مال استفاده العبد قبل موته ولم يجر فيه الإرث فيكون ميراثًا بين بنته ومولاه نصفين فيعود إلى مولاه سهم فصار في يده تسعة فالسّهم التاسع هُوَ السهم الدائر من نصيب المولى لأنه كلما عاد إليه بالميراث يعود شيءٌ منه إلى العبد بالوصيّة فيطرح السَّهم الدائر من نصيب المولى فصار نصيبه سبعة وبقي وصية العبدين في أربعة فصار جميع المال على أحد عشر سهما سبعة للمولى سعايته على العبدين وأربعة وصيَّة للعبدين إلا أن من نصيب الميت وذلك سهمان يعود سهم إلى المولى فيصير له ثمانية وقد نفذنا الوصيّة في أربعة للعبدين فقد استقام الثلث والثلثان فصار جميع المال وهو خمسمائة وخمسة وسبعون على أحد عشر سهما فيكون كل سهم اثنين وخمسين درهما وثلاثة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم؛ لأن السهم الواحد من خمسمائة وخمسين يكون خمسين بقي خمسة وعشرون اثنان وعشرون يكون درهمان فيكون اثنين وخمسين درهما بقي ثلاثة دراهم فاجعل كل درهم على أحد عشر جزءًا

فخذ من كل درهم جزءًا فيكون ثلاثة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم فوصية كل واحد من العبدين مائة وأربعة دراهم وستة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم فيعتق هذا القدر من الحي مجانا ويسعى في مائة وخمسة وتسعين درهما وخمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من درهم تمام قيمته ثلاثمائة والله أعلم.

(باب الهبة للأجنبي في المرض)

(المنتقى): رجل وهب لرجل أمة بقيمة ثلاثمائة ولا مال له غيرها أتاه الموهوب له وهو صحيح بمائة درهم ولم يقبض المائة ثم مات الواهب من مرضه فالجارية تسلم لورثة الواهب ويأخذان من الموهوب له ثلاثة وثلاثين درهما وثلثًا؛ لأنه حين باعها إياه كان قد استهلك الجارية وصارت قيمتها دينا عليه وهي ثلاثمائة وكانت هذه الثلاثمائة زيادة في مال الميت فصار ماله ستمائة إلا أن عليه دينًا مائة درهم فصار ماله الذي تجوز فيه وصيته خمسمائة درهم فللموهوب له ثلثها وذلك مائة وستة وستون وثلثان فيكون ذلك وصيّة له في قيمة الأمة فبقي عليه مائة وثلاثة وثلاثون وثلثًا.

ولو وهب مريض لمريض أمة قيمتها ستمائة درهم فباعها الموهوب له من الواهب بمائتي درهم ثم ماتا جميعًا ولا مال لواحد منهما غيرها، فإن الجارية تباع ويدفع المائتين إلى ورثته؛ لأن الهبة قد نفذت في الثلث فينفذ بيعه من الواهب في الثلث إلا أن بيع المريض لا يجوز إلا بمثل قيمته وقيمة ثلثيها مائتا درهم فيرد ذلك القدر من ثمنها إلى ورثة الموهوب له. مريض وهب عبده لرجل وعليه دين محيط بقيمته ولا مال له غيره فأعتقه الموهوب له قبل موت المريض جاز عتقه؛ لأنه أعتق ما يملكه، وإن أعتقه بعد موته لم يجز عتقه؛ لأنه تعلق حق الغريم به بيعًا واستيفاءً فصار مستغرقا بدينه فأنقصت الهبة من الأصل وعاد إلى قديم ملك المريض فظهر أنه أعتق ما لا يملكه. قال محمد: مريض أقرّ بعبد لرجل أنه ابنه وأنّه حرٌّ ثمّ مات.

قال [أبو يوسف][(١)]: إن صدقه السيد في حياة المريض ورثه؛ لأنه ثبت نسبه منه بتصادقهما، وإن صدقه بعد موته لم يرثه، لأن إقراره قد بطل بموته.

وذكر الحسن بن زياد عن أبي يوسف في مريض له ابن معروف وهو عبد لرجل فأقرَّ المريض أن المولى قد أعتق ابنه، قال: إن صدقه في حياته ورثه إذا مات، وإن صدقه بعد موته لم يرثه لما بيناه.

(باب هبة أحَدِ الزَّوْجَيْن لصَاحبه في المرض)

(المبسوط): أصله: أن أجوبتهم لمسائل الباب متفقة وتجاريحهم لها مختلفة، فأبو حنيفة اعتبر جميع مال الموصي في القسمة وطرح السهم الدائر من جميع ماله؛ لأن الدور يقع بسبب ماله ووصيته، فإنه لولا ماله ووصيته لا يقع الدور فكان الدَّور يقع من جهته والسهم الدائر يطرح من حيث يقع، وأبو يوسف اعتبر المال المستفاد للزوج بالميراث في القسمة وطرح السهم الدائر من جملة المال؛ لأن الدور يقع بسبب المال المستفاد بالميراث، فإنه لو لم يرث منها شيئا بأن كان عليها دين مستغرق بجميع ماله لا يقع الدور، ومحمد اعتبر في القسمة المال الموصى به وطرح السهم الدائر من المال المستفاد بالوصيّة؛ لأن الدَّور يقع من ذلك؛ لأنه لو لم يستفد شيئًا بالوصية بأن كان على الزوج دين مستغرق لا يقع الدّور، والصحيح ما قاله أبو حنيفة رحمه الله؛ لأن الوصيَّة للمرأة والميراث للزوج من وصيتها إنَّما تفرّع وتولد من مال الزوج لا من مالها فكان العمل من ماله فكان طرح الدائر من نصيبه أولى. ثم المسائل على فصول **أحدها**: في هبة الزوج لامرأته في مرضه **والثاني**: في هبته لامرأته ووصيته لأجنبي **والثالث**: في هبة كل واحد من الزوجين لصاحبه.

(الفصل الأوَّل)

وإذا وهبَ لامرأته في مرضه مائة درهم ولا مال له غيرها ثم ماتت قبله ولا مال لها غيرها وتركت عصبة وزوجها ردت من المائة إلى ورثة الزوج ستين ببعض الهبة

(١) ما بين المعكوفتين في (س): أبو حنيفة.

وجازت في أربعين للزوج من ذلك عشرة بميراثه ولعصبتها عشرون؛ لأنها لما ماتت قبل موت الزوج صارت أجنبية، ولم تبق وارثة وقت موت الزوج وصحت الهبة لها ولم تبطل بموتها.

وإن كانت الهبة المنفذة وصيّة والوصيّة تبطل بموت الموصى له قبل موت الموصي لأنهَا هبة حقيقية حتى ملكها الموهوب له في الحال وصيّةً حكما حتى تنفذ من الثلث. والهبة لا تبطل بموت الموهوب له قبل موت الواهب بعدما تمت بالقبض، وباعتبار أنها وصيَّة تنفذ من الثلث عملا بالشبهين ولا يجوز إبطالها بالشك بعد صحتها ثم تخريجها لأبي حنيفة وهو أن جميع مال الزوج المائة الموهوبة فتجعل على ثلاثة أسهم لحاجتك إلى الثلث لأجل الوصيّة للمرأة، سهمان للزوج وسهم للمرأة ثم ماتت عن سهم فيكون ميراثًا بين زوجها وعصبتها نصفين وقد انكسرَ بالنصف فأضعف فصار ستة فصار للزوج أربعة ولها سهمان فيعود إلى الزوج سهمٌ بالميراث منها وهذا هو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج وكان نصيبه أربعة فبقي له ثلاثة ولهَا سهمان فصار جميع مال الزوج على خمسة خمسا المائة وذلك أربعون لها بالوصيّة وللزوج ثلاثة أخماسها ستون ثمَّ يعود إلى الزوج نصف حصتها بالميراث فصار للزوج ثمانون ولعصبتها عشرون.

وأما تخريج أبي يوسف وهو أنَّ مال الزَّوج ما يرث منها لا جميع ما وهب لهَا؛ لأن هذه هبة منفذة، ولهذا لا تبطل بموتها قبل موت الزوج فيعتبر كما لو وهبها في الصّحة ثمّ ماتت، والزوج وارثها يعتبر مال الزوج ما ورث منها لا جميع الموهوب فكذا هذا، وقد ورث الزوج منها ستة عشرَ وثلثي درهم؛ لأن لها ثلث المال ثلاثة وثلاثين وثلث فيكون للزوج نصفه وذلك ستة عشرَ وثلثان ثمَّ لها خمسا ستة عشرَ بعد طرح السَّهم الدّائر من الوجه الذي ذكرنا وذلك ستة دراهم وثلثان يضم إلى ما أعطينا لها في الابتداء وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فصار لها أربعون ثمَّ يرث الزوج منها عشرون فيصير لورثة الزوج ثمانون.

وأمَّا تخريج محمد فإن لها ثلث المائة وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فيجعل ذلك المال على سهمين لحاجتك إلى النصف سهم للزوج بالميراث فيكون ثلث ذلك

السّهم بالوصية فانكسر بالثلث فاضرب أصل الفريضة وذلك سهمان في ثلاثة فصار ستَّة ثـمّ اطرح السهم الدائر من جميع السهام فصار خمسة فلها خُمسان ثلاثة وثلاثون وثلث وذلك ستة دراهم وثلثان يضم إلى ما أعطينا لها في الابتداء وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث فصار لها أربعون وللورثة أربعون وللورثة ثمانون.

ولو كان له مائة أخرى والمسألة بحالها، فإنه يرد إلى ورثة الزوج عشرون درهما يبطلان الهبة وأربعون درهما بالميراث وتخريجه أن مال الزوج مائتا درهم فلها خمسا جميع مال الزوج بعد طرح السهم الدائر وذلك ثمانون درهما ويرد مائة وعشرين على ورثة الزوج ثم يعود إلى الزوج نصف ما صار لها بالميراث يضم أربعين إلى مائة وعشرين فصار له مائة وستون، مائة وعشرون بثلث الهبة وأربعون بالميراث وتخريجها على ما ذكرنا.

ولو كان له مائة وخمسون أخرى جازت الهبة كلها ورجع إلى الورثة منها خمسون درهما بالميراث وتخريجه أن مال الزوج مائتان وخمسون للمرأة بالوصيّة خمسا ذلك بعد طرح السَّهم الدائر وذلك مائة ثم يعود إلى الزوج نصفها بالميراث وذلك خمسون فصار للزوج مائتان وقد نفذنا الوصية في مائة فاستقام الثلث والثلثان.

ولو كان للمرأة مائة سوى ذلك ولا مال للزوج سوى ما وهب والمسألة بحالها جازت الهبة في ستين وتخريجه أن مال الزوج يوم القسمة مائة وخمسون، المائة الموهوبة وخمسون ميراث منها فيجعل ذلك على ثلاثة، للمرأة سهم وللزوج سهمان ثمَّ سهم المرأة يعتبر ميراثا بين زوجها وعصبتها فانكسر بالنصف فضعفنا فصار لهما سهمان ثم عاد إلى الزوج سهم بالميراث فصار في يد الزوج خمسة فالسهم الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيب الزوج بقيَ نصيبه ثلاثة وبقي حق المرأة سهمين فصار مال الزوج على خمسة فلها خمساهُ ولها ستون وترد أربعين إلى الزوج فصارت في يد الزوج تسعون ثمُّ يعود نصف مَا صار لها بالوصية إلى الزوج وذلك ثلاثون فصار للزوج مائة وعشرون وقد نفذنا الوصية في ستين فاستقام الثلث والثلثان.

ولو كان على أحدهما دين قضى الدين أولا ثم ما فضل ينفذ التبرع في ثلاثة

بيانه: وهب لامرأته في مرضه مائة لا مال له غيرها وعليه دين خمسون ثم ماتت المرأة قبله أخذ رب الدين خمسين وصارت وصيتها في عشرين يعود نصفه إلى الزوج بالميراث فيكون لورثة الزوج أربعون ولورثتها عشرة؛ لأن الوصية تنفذ من المال الفارغ عن الدين وخمسون درهما من مال الزوج مشغول بالدين فيجعل كالهالك ويعتبر ماله الفارغ خمسين درهما وقد أوصى بذلك كله فتنفذ الوصيَّةُ من الثلث ولهَا خمسا خمسين بعد طرح السهم الدائر على ما بينا وذلك عشرون فلها عشرون بالوصية وترد ثلاثين على ورثة الزوج ثم يعود نصف ما صار لها بالوصيّة إلى الزوج بالميراث وذلك عشرة فصار له أربعون وقد نفذنا الوصيّة في عشرين، ولو وهبَ لها ثمانين درهمًا وكان عليها دين عشرة كانت وصيتها ثلاثين درهما وتخريجه أن مال الزوج خمسة وسبعون؛ لأن دين المرأة نصفه على الزوج؛ لأن قدر ما يصير للمرأة بالوصيّة كان ملكًا للزوج ويعود إلى ملكه بالميراث فصار كالقائم في ملكه كما إذا أقرض النصاب يجعل كالقائم في ملكه لما عاد إليه مثله فكذا هذا ونصف الدين من ذلك المال وكان نصف الدين على الزوج معنًى واعتبارًا وذلك خمسة والمشغول بالدين كالهالك في حق تنفيذ الوصيَّة فبقي مال الزوج خمسة وسبعون فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم لها يعود نصفه إلى الزوج بالميراث فانكسر فأضعف فصار ستة، سهمان للمرأة وأربعة للزوج ثم يعود سهم من سهمي المرأة إلى الزوج بالميراث فيصير له خمسة فالسهم الخامس هو السهم الدائر فاطرح من نصيب الزوج فصار ماله خمسة أسهم خمساه للمرأة وذلك ثلاثون يقضي من ذلك دينها عشرة يبقى عشرون فارغًا عن الدين والوصية فيعود نصف ذلك إلى الزوج بالميراث وذلك عشرة فصار له ستون، ولو وهب لها مائة وعليها عشرة دراهم والمسألة بحالها فلها ثمانية وثلاثون بالوصيّة وتخريجه على نحو ما ذكرناه.

(الفصل الثالث)

ولو وهب لها مائة درهم وأوصى لرجل بثلث ماله قسمت المائة على أحد عشر سهمًا سهمان للمرأة وسهمان للموصى له وسبعة لورثة الزوج في قول أبي حنيفة

رحمه الله ثم يرث الزوج منها سهمًا فيصير لورثته ثمانية أسهم، وعلى قولهما تقسم على أحد وعشرين لها ستَّةٌ وللموصى له سهمان ثم يرجع منها ثلاثة إلى الزوج بالإرث.

وتخريجه لأبي حنيفة وهو أنَّه اجتمع في مال الزوج وصيتان وصيّة للمرأة بالجميع ووصيّة للآخر بالثلث ولم تجز الورثة فيجعل ثلث المال بينهما نصفين؛ لأن عنده الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب في الثلث إلا بالثلث فصار كأنه أوصى لكل واحد منهما فيقسم على طريق العول لا على سبيل المنازعة؛ لأن هذه الوصيّة بمعنى الميراث؛ لأن حق كل واحد منهما شائع في كل التركة فاجعل ثلث المال على سهمين لحاجتك إلى النصف فصار الجميع على ستة، أربعة لورثة الزوج وسهمان للموصى لهما لكل واحد سهم ثم سهم المرأة يعود نصفه إلى الزوج بالميراث فانكسر بالنصف فأضعف أصل الفريضة فصار اثنا عشر لورثة الزوج ثمانية وللموصى لهما أربعة سهمان للمرأة ثم يعود سهم إلى الزوج بالميراث منها فيصير لورثة الزوج تسعة، فالسهم التاسع هو الدائر فيطرح من نصيب الزوج فصار حقه في سبعة وبقي حق الموصى لهما في أربعة كما كان فصار مال الزوج في الآخرة على أحد عشر ثم يعود سهم من مال المرأة إلى الزوج بالميراث فيصير لورثة الزوج ثمانية وقد نفذنا الوصيّة في أربعة وبقي لعصبة المرأة سهم وللموصى له بالثلث سهمان.

وأما تخريجهما أن من أصلها أن الموصى له بالجميع يضرب في الثلث بجميع حقه والموصى له بالثلث يضرب بالثلث فتضرب المرأة بثلاثة أسهم والأجنبي بسهم فصار الثلث على أربعة وصار الجمع على اثني عشر لورثة الزوج ثمانية وللموصى لهما أربعة منها ثلاثة أرباعها وللأجنبي ربعه ثم يعود نصف نصيب المرأة إلى الزوج بالميراث وهو سهم ونصف فانكسر بالنصف فأضعف الفريضة فصارت أربعة وعشرين لورثة الزوج ستة عشر وللموصى لهما ثمانية للمرأة منها ستة وللأجنبي سهمان فيعود نصف نصيبها إلى الزوج بالميراث وهو ثلاثة وهذه الثلاثة مال استفاده الزوج لا وصيّة فيه فيصير ميراثا بين الموصى لها وبين ورثة

الزوج فهي السهام الدائرة فاطرحها من نصيب الزوج ونصيبه ستة عشر يبقى له ثلاثة عشر وللموصى لهما ثمانية فقد صار المال في الآخرة على أحد وعشرين للمرأة يعود نصفها إلى الزوج بالميراث فصار له ستة عشر بقي للمرأة ثلاثة وللأجنبي سهمان إلا أن عند محمد تطرح السهام الدائرة من جميع المال بقي أحد وعشرون فيقسم على نحو مَا ذكرنا.

ولو كانت هي التي أوصت بثلث مالها ولم يوص الزوج جازت الهبة لها في ثلاثة أسهم من ثمانية أسهم سهم من ذلك للموصى له، وسهم يعود إلى الزوج بميراثه منها وسهم لورثتها، وتخريجه أن يجعل المال على ثلاثة أسهم سهم للمرأة بالوصية، وقد انكسر هذا السهم بين ورثتها، والموصى له على ثلاثة فاضرب ثلاثة في ثلاثة فصار تسعة للمرأة ثلاثة بين الموصى له والزوج والعصبة على ثلاثة مستقيمة لكل واحد سهم فقد عاد إلى الزوج سهم بالميراث، فهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى للزوج خمسة وللمرأة ثلاثة فصار مال الزوج على ثمانية ثم يعود سهم مما صار لها إلى الزوج بالميراث فيصير لورثة الزوج ستة وقد نفذنا الوصيَّة في ثلاثة.

ولو تركت ابنها وزوجها ولم توص جازت لها الهبة في أربعة أسهم من أحَدَ عشر سهمًا وتخريجه أن يجعل مال الزوج وذلك مائة على ثلاثة أسهم سهم للمرأة انكسر على ورثتها بالربع فاضرب ثلاثة في أربعة فصار اثني عشر صار للمرأة ربعه وقد استقامت بين ورثتها فيعود سهمٌ إلى الزوج بالميراث فهو السهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى له سبعة، وبقي حقها في أربعة فصار مال الزوج على أحد عَشَر فيعود سهمٌ إلى الزوج بالميراث منها فصار له ثمانية، وقد نفذنا الوصية في أربعة.

(فصل)

امرأة وهبت لزوجها في مرضها مائة درهم ووهب الزوج لها في مرضه مائة درهم ولا مال لهما غيرهما ثم ماتا معًا لم يرث أحدهما من صاحبه، ويجوز لكل

واحد منهما نصف الهبة؛ لأنهما لما ماتا معًا لم يبق كل واحد وارثا لصاحبه؛ لأنه ميت وقت موت صاحبه فجازت الهبة في النصف. وتخريجه أن مال الزوج يوم القسمة مائة وثلاثة وثلاثون وثلث مائة استوهبها وثلث مائة من مائة وهبها من زوجهَا؛ لأن الهبة المنفذة في مرض الموت وصيَّة وفي الوصايا تعتبر عند أبي حنيفة جميع ما وهب الزوج منها وما يجوز له الهبة من مائة المرأة وذلك ثلثها؛ لأنه لو كان لكل واحد منهما مائة وقد وهب الزوج لامرأته مائة وقد ماتت المرأة قبل الزوج، فإنه يعتبر مال الزوج عنده ما وهبه منها وما ورث منها والوصيّة أخت الميراث فيكون كذلك فيجعل مال الزوج وذلك مائة وثلاثة وثلاثون وثلث على ثلاثة أسهم ثلث ذلك للمرأة وهو سهمٌ وسهمان للزوج فقد ماتت المرأة عن سهم فيعود ثلث ذلك بالوصية إلى الزوج فانكسر بالثلث فاضرب أصل الفريضة وذلك ثلاثة في ثلاثة فصار تسعة، للزوج ستة وللمرأة ثلاثة يعود ثلثها إلى الزوج بالوصية فهو السهم الدائر فيطرح ذلك من نصيب الزوج فيبقى له خمسة وبقي حق المرأة في ثلاثة فصار مال الزوج في الآخرة على ثمانية خمسة للزوج وثلاثة للمرأة ثم يجعل مال الزوج على ثمانية كل سهم ستة عشر وثلثا درهم فيكون لها ثلاث مرار ستة عشر وثلثين وذلك خمسون ونرد خمسين على الزوج ثم يكون للزوج من مالها بالوصيّة خمسون درهمًا؛ لأنه يجوز لكل واحدٍ من الهبة ما يجوز للآخر فصار للزوج مائة وقد نفذنا الوصيّة في خمسين فقد استقام الثلث والثلثان.

(باب تزويج المرأة والمحاباة في ذلك)

(**المبسوط**): أصله أنه لا وصية بمقدار مهر المثل؛ لأنه حصل للزوج عوض ذلك؛ لأن منافع البضع متقومة بمهر المثل عند دخولها في ملك الزوج، ولهذا لو زوج الأب لابنه الصغير امرأة بمهر مثلها جاز، وإنما الوصيّة بما زاد على مهر المثل؛ لأنه لا عوض للزوج بإزائه فقد حابى لها بالزيادة على مهر المثل فيعتبر ذلك مال الزوج، وإذا تزوج المريض امرأة على مائة درهم لا مال له غيرها ومهر مثلها خمسون ثم ماتت المرأة ثم مات الزوج كانت وصيتها ثلاثين درهما. وتخريجه: أن

مال الزوج ما حابى به وهو خمسون وما ورث منها وذلك نصف مهر مثلها خمسة وعشرون فصار مال الزوج خمسة وسبعين فيجعل ذلك على ثلاثة أسهم سهم للمرأة يعود نصفه إلى الزوج بالميراث فانكسر فأضعف فصار ستة سهمان للمرأة يعود سهم منهما إلى الزوج بالميراث وهذا هو الدائر فيطرح من نصيب الزوج يبقى لها ثلاثة، وللمرأة سهمان فصَارَ مال الزوج في الآخرة على خمسة وسبعين خمساها للمرأة وذلك ثلاثون من خمسة وسبعين فلها ثلاثون درهما بالوصيّة من مائة ويرد عشرين على ورثة الزوج نقصًا للوصيّة بالمحاباة ثم يُضمّ ثلاثون إلى مهر مثلها وذلك خمسون فصار ثمانين للزوج نصفها وذلك أربعون ولعصبتها أربعون ثم ما أصاب الزَّوج من أربعين يضمُّ إلى ما أخذه بنقص الوصية وذلك عشرون فصار له ستون وقد نفذنا الوصيّة في ثلاثين فاستقام الثلث والثلثان.

وأمَّا تخريج أبي يوسف أن مال الزوج ما حابى وذلك خمسون فيكون لها ثلث المحاباة وذلك ستة عشر وثلثان ولا يعتبر ماله ما ورث منها عندهما لما بينا في الباب المتقدم ثمَّ يضم ستة عشر وثلثين إلى مهر مثلها، وذلك خمسون فيصير ستة وستين وثلثين، للزوج نصف ذلك بالميراث وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث وهذا مال استفاده الزوج بالميراث فيجعل على ثلاثة أسهم سهم للمرأة فيعود نصفه إلى الزوج بالميراث فانكسر فأضعف فصار ستة للمرأة سهمان فيعود منهما سهم إلى الزوج وهذا هو السّهم الدائر فاطرحه من نصيب الزوج يبقى له ثلاثة وللمرأة سهمان فصار ماله وذلك ثلاثة وثلاثون وثلث على خمسة خمساه للمرأة وذلك ثلاثة عشر وثلث درهم يضمُّ ذلك إلى ستة عشَرَ وثلث فصار ثلثين.

وأمَّا تخريج محمد بأن للمرأة ثلث المحاباة وذلك ستة عشر وثلثان يضمّ ذلك إلى مهر مثلها وذلك خمسون فصار ستة وستين وثلثي درهم فيجعل ذلك سهمين سهم للزوج فقد مات الزوج عن سهم للمرأة ثلث ذلك بالوصيَّة فانكسر بالثلث فاضرب سهمين في ثلاثة فصَار ستة للزوج ثلاثة ثلثها للمرأة وهو سهم وهو السهم الدائر فيطرح من أصل الفريضة تبقى خَمسة، للزوج أربعة وللمرأة سهم فصار المال وهو ستة وستون وثلثان على خمسة خمس ذلك للمرأة وذلك ستة عشر وثلثان فصارت وصيتها ثلاثين.

(باب السَّلم في المرض)

(المبسوط): وإذا أسلم الرجل في مرضه مائة درهم في عشرة أكرار حنطة تساوي مائة درهم ثم مات قبل حلوله ولا مال له غيره، فإن شاء الذي عليه السلم عجل ثلثي الطعام، وكان الثلث عليه إلى أجله، وإن شاء رده عليه رأس المال؛ لأن المريض حابى بالأجل؛ لأنه اشترى بمائة طعاما يساوي مائة وأجَّله في جميع ماله وتأجيل جميع المال بمعنى الوصيّة بجميع المال؛ لأن الوارث يصير ممنوعا عن التصرف في جميع المال إلى أن يحل الأجل متى صح التأجيل في الكل كما يصير ممنوعا من جميع المال إلى الأبد متى صحت الوصيّة بجميعه، والوصيّة تصح بقدر الثلث فصح التأجيل بقدر الثلث وبطل في الثلاثين، وإذا بطل الأجل في الثلث يخير المسلم إليه؛ لأنه لزمَهُ زيادة شيء لم يرض به؛ لأن المسلم إليه إنما رضيَ بأن يكون جميع الطعام عليه مؤجلا، فإذا لزمه تعجيل ثلثي الطعام والمعجل خير من المؤجَّل فقد لزمه زيادة شيء ولم يرض به فيخير.

ولو كان الطعام يساوي خمسين عجل الطعام كله ورد سدس الطعام، فإن شاء فسخ ورد كل المال؛ لأنه حابى بالثمن وبالأجل وقد تعذر اعتبار المحابيين جميعًا؛ لأنه ينقسم ثلث المال عليهما نصفين؛ لأنه لو حابى بالثمن لا غير كان لصاحب المحاباة ثلث المائة، وكذلك لو حابى بالأجل كان له ثلث الطعام إلى أجله، فإذا صار نصف الثلث إلى المحاباة بالثمن كان نصف ثلث الطعام إلى أجله، فإذا صار الثلث للمحابيين جميعا اختار المسلم إليه المضي في السلم، فإنه يرد ثلث رأس المال إلى رب السلم حتى ينقسم ثلث المال على المحابيين فينتقض السَّلم في الثلث، فإذا حل الأجل وأدَّى المسلم إليه سدس الطعام يسترد منه نصف الثلث من رأس المال؛ لأنه بحلول الأجل ذهبت المحاباة بالأجل وبقيت المحاباة بالثمن ومتى استرد نصف الثلث تنتقض الإقالة في السلم بعد استقرارها في رأس المال وأنه لا يجوز فلهذه الضرورة تعذّر اعتبار المحاباة بالأجل مع المحاباة بالثمن وكان إلغاء الأجل بالمحاباة أولى؛ لأنه بيع وإذا لغت المحاباة بالأجل صَار كأنه حابى بالثمن لا غير فيخير، وكذلك لو كان المسلم إليه رجلين نصَّ عليه الحاكم في

مختصره وإذا أسلم المريض عشرة دراهم في كرّ يساوي عشرين ثم أقاله ثم مات جازت الإقالة في ثلثي الكرّ ويقال للمسلم إليه أدّ ثلث الكرّ ورد عليهم ثلثي رأس المال؛ لأن المحاباة في مرض الموت وصية والوصيّة معتبرة من الثلث وهنا ثلث ماله مثل ثلثي المحاباة؛ لأن ماله عشرون درهما فيكون ثلث ماله ستة دراهم وثلثين والمحاباة عشرة وستة دراهم قدر ثلثي عشرة فجازت الإقالة في ثلثي الكرّ وبطلت الثلث.

ولو أسلم عشرة في كرّ يساوي ثلاثين درهما ثمّ أقاله ولم يأخذ رأس المال جازت الإقالة في نصف الكرّ وبطلت في النصف؛ لأن ثلث ماله مثل نصف المحاباة، فإن ثلث ماله عشرة؛ لأن له كرًا يساوي ثلاثين درهما وقد حابى بعشرين والعشرة من العشرين نصفه، ولو أخذ منه رأس المال وأنفقه جازت الإقالة في ثلث الكرّ فارجع عليهم بثلثي العشرة؛ لأن ثلث ماله مثل ثلث المحاباة؛ لأن ماله يوم القسمة عشرون درهما؛ لأن العشرة التي استهلكها بالإنفاق لا تعد من ماله وكان ثلث ماله مثل ثلث المحاباة فتجوز الإقالة في ثلث الكرّ وبطلت في ثلثيه فيرد المسلم إليه إلى الورثة ثلثي الكرّ قيمته عشرون إلا أن على رب السلم ستة دراهم وثلثي دين؛ لأنه قبض عشرة دراهم من المسلم إليه رأس المال ثلاثة بحق لجواز الإقالة في ثلث الكرّ وثلثيه بغير حق لبطلان الإقالة في ثلثي الكرّ وقد استهلكها فصار ذلك دينا عليه والإقالة قبض السلم وبعده سواء عندهما.

وعند أبي يوسف الإقالة بعد القبض بيع ابتداء لما عرف أن الإقالة فسخ عندهما وعندَهُ بيع جديد، وإذا اشترى في مرضه عبدًا قيمته مائة بخمسين درهما فلم يتقابضا حتى تقايلا فالبائع بالخيار إن شاء ردَّ العبد وأخذ ثمنه وبطلت الإقالة، وإن شاء سلم لهم ثلث العبد وأخذ منهم ثلث الخمسين؛ لأن ثلث مال الميت مثل ثلث المحاباة؛ لأن ثلث مال المشتري ثلاثة وثلاثون وثلث؛ لأن ماله عبد قيمته مائة وقد حابى بخمسين وثلثه وثلثين وثلث ثلثي المحاباة فتجوز الإقالة في ثلثي العبد ولا يجوز في ثلثه ثم خيره بين أن يفسخ الإقالة وبين أن يجيزها، ولم يجزه في السلم؛ لأن الإقالة في البيع تحتمل الفسخ ما دام المعقود عليه قائما وفي السلم لا يحتمل

الفسخ؛ لأنه لا يمكن أن يجعل بيعًا مستقبلا؛ لأن الاستبدال بالمسلم فيه قبل القبض لا يجوز.

ولو أسلم عشرين درهما في كرّ يساوي عشرة في مرضه وله على الناس ديون فلم يخرج حتى نقض القاضي السلم أو أعطى الكر ورد سدس رأس المال ثم خرج الدين جاز ذلك ولم يرد على المسلم إليه شيء إلا أن يخرج الدين قبل أن يختصموا، فإن خرج مقدار ما يخرج المحاباة من الثلث سلم له المحاباة؛ لأن المحاباة عشرة؛ لأن ماله العين عشرون درهما والديون لا تعدّ مال الميت ما لم يقبض؛ لأنه قد لا يخرج فيكون ثلث ماله ستة دراهم وثلثين فتصح المحاباة بقدر ذلك ويتخير بين الفسخ والمضي؛ لأن السلم يحتمل الفسخ وقد تغيَّر على المسلم إليه شرط عقده فيتخيّر، فإذا أبى المسلم إليه الفسخ، ونقض القاضي السلم لا ينتقض البعض بعد ذلك، فإن زال السبب المقتضي للنقض وهو عدم خروج المحاباة من ثلث ماله؛ لأن القضاء بالنقض لا يحتمل البطلان كما لو قضى بفسخ البيع بسبب العيب ثم زال العيب، فإنه لا يعود البيع، فإن زال المقتضي المطلق للفسخ وهو العيب فكذا هذا، وإن خرج الدين قبل النقض مقدار ما تخرج المحاباة من الثلث تسلم له المحاباة؛ لأن الدين بالقبض صار عينا فيعتبر ماله يوم القسمة، وإذا أسلم إلى مريض عشرة دراهم في كرّ يساوي أربعين وأنفق رأس المال ثم مات ولا مال له غير الكرّ فرب السلم بالخيار إن شاء نقض السَّلم ورجع على الورثة بدراهمه، وإن شاء أخذ الكر وأعطى عشرين درهما؛ لأنه تغير عليه شرط عقده، فإنه رضيَ أن يسلم جميع الكرّ بعشرة دراهم، والآن لا يسلم له الجميع بعشرة وعقده ممّا يحتمل الفسخ فيتخيّر، فإن مضى في السلم أخذ جميع الكر وردَّ عشرين؛ لأن المسلم إليه حاباه بقدر ثلثين، فإنه باع ما يساوي أربعين بعشرة والمحاباة أكثر من ثلث ماله فتنفذ الوصية من الثلث وجميع ماله بعد الدين ثلاثون؛ لأن عشرة من الكرّ مشغولة بالعشرة التي استهلكها المسلم إليه والمشغول بالدين لا يُعَدُّ مال الميت؛ لأن الدين مقدم على الوصية والفارغ من الدين قدر ثلثين فيكون له عشرة بالوصيّة ويرد عشرين على الورثة هكذا ذكره الحاكم في مختصره.

وذكر الفقيه أبو بكر البلخي في "وجيزه": للكتب أنه متى اختار المضي يأخذ نصف الكرّ ويترك النصف؛ لأنه يكون لرب السلم نصف الكرّ قيمته عشرون، عشرة منها بعوض وهو رأس المال وعشرة بغير عوض بالمحاباة وهو ثلث مال الميت، والصحيح ما ذكره الحاكم؛ لأن في هذا تبعيض الكرّ على ورثة المسلم إليه بغير رضاهم وهذا لا يجوز كما في العبد والثوب الواحد، فإن كان على الميت دين يحيط بتركته لم تجز المحاباة ويحاص الغرماء برأس المال في التركة؛ لأن المحاباة في المرض وصيّة والوصيّة تنفذ من ثلث المال الفارغ عن الدين ولم يوجد.

ولو أسلم إلى مريض عشرة في كرّ قيمته مائة فقبض رأس المال وأنفقه ومات، وقد أوصى بثلث ماله، فإن شاء رب السلم نقض السلم وأخذ دراهمه ويجوز للآخر وصيته، وإن شاء أخذ الكر وأعطى الورثة ستين درهما ولا شيء لصاحب الوصيّة في قول أبي حنيفة وعندهما يتحاصان في الثلث يضرب فيه رب السلم بتسعين وصاحب الوصية بثلاثين وهو ثلث المال فيكون ثلث المال بينهما على أربعة فيأخذ رب السلم الكرّ ويؤدّي سبعة وستين درهما ونصفًا منها سبعة ونصف ربع الثلث لصاحب الوصيّة وتخريجه عند أبي حنيفة المحاباة أولى من الوصيّة ومال الميت كر قيمته مائة إلّا أن عشرة منها مشغولة بالدين فيبقى ماله الفارغ من الدين تسعين وقد حابى بجميع ذلك فيكون له ثلث ذلك وهو ثلاثون ويرد ستين متى أخذ جميع الكرّ ولا شيء للموصى له؛ لأنه لم يبق من الثلث شيء من صاحب المحاباة وعندهما المحاباة والوصية سواء فيقسم ثلث المال الفارغ بين رب السلم والموصى له على أربعة؛ لأن الوصيّة بالمحاباة وصيّة بجميع ماله وذلك تسعون والوصية الأخرى بالثلث وذلك ثلاثون فيقسم الثلث على سبيل العول عندهما على أربعة ثلاثة أرباعه لصاحب المحاباة وذلك اثنان وعشرون ونصف وربعه للموصى له الآخر وذلك سبعة ونصف فيعطى رب السلم سبعة وستين ونصف، ستون للورثة وسبعة ونصف للموصى له وإذا كان للمريض على رجلين كرُّ حنطة يساوي ثلثين ورأس ماله فيه عشرة فأقالهما ثم مات وأحدهما غائب قيل للحاضر ردّ ثلاثة أعشار نصف رأس المال وذلك درهم ونصف فأدّى تسعة أعشار نصف الكرّ وذلك يساوي عشرة

ونصف، فإذا قدم الغائب جازت الإقالة لهما في نصف الكرّ فيؤدي القادم نصف رأس المال حصته درهمان ونصف وربع الكرّ وقيمته سبعة دراهم ونصف ويرد الورثة على الحاضر من الطعام الذي أخذوه قدر ثلثه من عشرة أو نصف ويأخذون منه درهما من رأس المال، وتخريجه أن جميع المال ثلاثون وثلاثة عشره فيكون الثلث بينهما نصفين؛ لأنه حابى لهما بقدر عشرين لما أقالهما في السلم، فإنه أكثر من الثلث فتصح المحاباة بقدر الثلث وذلك عشرة فصار الثلث على سهمين والجميع على ستة سهم للغائب فيطرح نصيبهُ؛ لأنه يستوفى بالوصية بقيَ خمسة خمسٌ للحاضرة وأربعة للورثة فيكون للحاضر خمس ما عليه وعليه نصف كر قيمته خمسة عشرَ وخُمس خمسَة عشرَ ثلاثة دراهم فتكون له وثلاثة دراهم ثلاثة أعشار ثلث ماله فصحَّت الإقالة بقدر ثلاثة أعشار نصف الكرّ وذلك أربعة ونصف وبطلت في سبعة أعشار نصف الكرّ فيردُّ ذلك وقيمته عشرة ونصف إلّا أنَّ درهمًا ونصفًا بعوض ما أدى من درهم ونصف من رأس المال وثلاثة محاباة، فإذا ظهَر أن وصيّة الحاضر ثلاثة دراهم ظهر أن وصيّة الغائب مثل ذلك فقد نفذنا الوصيّة في ستة فأعطينا للورثة ضعفَيْها اثني عشر فاستقام الثلث والثلثان وإذا حضر الغائب فقد صحت الإقالة لهما في نصف الكرّ قيمته خمسة عشر وعشرة دراهم مثل نصف المحاباة فصحت الإقالة لكل واحد في نصف نصف الكرّ وذلك ربع الكرّ قيمته سبعة دراهم ونصف فحصل المال ويرد ربع الكرّ قيمته سبعة دراهم ونصف فحصل للورثة نصف كرّ قيمته خمسة عشرَ وخمسة دراهم رأس المال وحصل لكل واحد ربع الكرّ قيمته سبعة ونصف فاستقام الثلث والثلثان، وإذا باع في مرضه كرّ تمر قيمته ثلاثون بكرّ تمر قيمته عشرة ثم مات البائع ولا مال له غيره، فإن شاء المشتري أخذ كره ونقض البيع، وإن شاء أخذ نصف الكرّ الجيد ونصف الكر الرديء؛ لأن ثلث ماله مثل نصف المحاباة، فإنه حابى بعشرين وثلث ماله عشرة فيجوز البيع في النصف ويبطل في النصف فيرد نصف الكرّ الجيد.

(**المنتقى**): رجل اشترى أبويه وأخاه في مرضه بثلاثة آلاف درهم وقيمتهم سواءٌ، ففي قياس قول أبي حنيفة تجوز الوصيّة بالعتق للأم والأخ والثلث بينهما وللأب ما بقي وتسعى الأم في نصف قيمتها والأخ في نصف قيمته.

وقال محمد: الوصيّة كلها للأخ جائزة؛ لأنه لا يرث مع الأبوين ولا وصيّة للأم ولها الميراث مع الأب ويسعى فيما زاد على حصتها.

كتاب الدور

(بابُ جناية العبد الموهوب له على الواهب أو على أجنبي)

(المبسوط): وهب في مرضه عبدًا من رجل لا مال له غيره فقتل أجنبيًا ثـمَّ مات الواهب رَدَّ ثلثيه إلى ورثة الواهب وقيل لَهُم وللموهوب له ادفَعُوه أو أفدوه وأيُّ ذلك فعل الورثة رجعُوا على الموهوب له؛ لأن الهبة في مرض الموت وصيّة فتنفذ بقدر الثلث فجازت الهبة في ثلث العبد وبطلت في ثلثيه فعلى الموهوب له أن يردَّ ثلثي العبد إلى ورثة الواهب نقضا للهبة، ولا يصير مختارًا للفداء، وإن علم بالجناية ولا ضامنًا للقيمة متى علم بالجناية؛ لأن نقض الهبة في ثلثيه مستحق عليه وَمَا كان مستحق النقض فهو كالمنقوض حكما واعتبارًا، وإذا انتقضت الهبة كان لولي الجناية إتباع ورثة الواهب بالجناية في ثلثي العبد فلا يؤدي ذلك إلى إبطال حقهم فلا يصير الموهوب له بالردّ متعدّيًا ضامنًا وإنما يرجع الورثة على الموهوب له بثلثي القيمة؛ لأن ثلثي العبد استحق بسبب كان في ضمان الموهوب له، فإن العبد كان مضمونا عليه حتى لو مات العبد في يده ضمن ثلثي القيمة للورثة فكان قرار الضمان عليه كالعبد المغصوب إذا جنى في يد الغاصب ولا يرجع بالفداء، وإن كان أكثر؛ لأن الزيادة على القيمة إنما لزمتهم باختبارهم؛ لأنه لا يمكنهم التخلص بالدفع حتى لا يلزمهم الزيادة.

وأما قدر قيمة ثلثي العبد لا محيص لهم عنه، ولو أعتقه الموهوب له قبل أن يرد ثلثيه وهو يعلم بالجناية فعليه الدية لولي الجناية ويضمن للورثة ثلثي قيمته؛ لأنه بالإعتاق صار مختارا للفداء؛ لأنه أعجز نفسه عن الدفع مَعَ علمه بالجناية وعجز عن ردّ ثلثي العبد على ورثة الواهب وذلك مستحق عليه فيصير ضامنًا كالمشتري

شراءً فاسدًا إذا أعتقه، ولو قبل الواهب ولم يقبل غيره، فإن اختار الدفع دفعه كله نصفه نقضًا للهبة ونصفه بالخيار وحكم الدفع لا يختلف قلّت قيمته أو كثرت كذا ذكر في كتاب الدور.

وذكر في كتاب العتق في المرض إذا كانت قيمته ستة آلاف ردّ ربعه نقضًا للهبة وسلم له ثلاثة أرباع يدفعها بالجناية أو يفديها، فإن اختار الفداء فداه بالدية وسلم العبد له إن كانت قيمته خمسة آلاف أو أقل، وإن كانت قيمته ستة آلاف فدى ثلاثة أرباعه بثلاثة أرباع الدية وانتقض ربع الهبة ولا تنافي بين الروايتين، فإنه على رواية العتق نقض الهبة في ربع العبد على البتات وجعل بعض الهبة في الربع الآخر موقوفا، فإن اختار الدفع تصير الهبة في الربع الآخر منقوضة ودفع العبد كله، نصف بالجناية ونصف نقضا للهبة.

وإن اختار الفداء بقي النقض في ربع العبد لا غير وعلى رواية الدور فصل إن اختار الدفع ينقض الهبة في نصف العبد. وإن اختار الفداء رد ربع العبد فيكون له الجوابين متخذا، ووجه التخريج أنه إذا اختار العبد يجعل العبد على ثلاثة وإذا دفع الموهوب له سهمان بالجناية إلى ورثة الواهب صار الكل في أيديهم فقد ازداد مال الميت فتزداد الوصية وهذا هو السهم الدائر فاطرحه من حيث يقع وأنه وقع من جانب الواهب؛ لأنه منه يد أو ظهر وإليه يعود ويقرر فيطرح من نصيب الواهب فبقي حقه في سهم وحق الموصى له في سهم فصار العبد في الآخرة على سهمين ثم الموهوب له يدفع سهمه بالجناية فيصير في يد ورثة الواهب عبد كامل نصفه بالجناية ونصفه نقضا للهبة وقد نفذنا الوصيّة في سهم للموهوب له فاستقام الثلث والثلثان.

وإن اختار الفداء صار مال الميت الدية وهي عشرة آلاف وقيمة العبد ستة آلاف فيكون كله ستة عشرَ وقد وهب العبد كله فتصح الهبة في ثلثه ظاهرًا فيقال للموهوب له افد سهمك بمثله وبمثل ثلثيه وذلك سهم وثلثي سهم؛ لأن ذلك ثلث الدية فتصير في يد الواهب ثلاثة أسهم وثلثي سهم وثلثي سهم وثلثي سهم مال استفاده الواهب فهو الدائر فيطرح من نصيب ورثة الواهب ونصيبهم سهمان فمتى

طرحنا منه سهمًا وثلثي سهم يبقى لهم ثلث سهمٍ وحق الموصى له في سهمٍ فصار العبد في الأخرة على سهمٍ وثلث سهم وقد انكسر بالثلث فاجعل ثلث سهم بينهما فصارت السهام الكاملة ثلاثة فصار العبد كله على أربعة ربعه لورثة الواهب وثلاثة أرباعه للموهوب له وقد أعتقه وهو لا يعلم وقيمته ستة آلاف كان عليه قيمتان له ثلث ذلك كله ويؤدي إلى الوارث قيمة وثلث قيمة؛ لأن مال الميت قيمتان قيمة بسبب عجزه عن ردّه بإعتاقه وإذا عجز عن ردّه بالهلاك ضمن قيمته، فإذا عجز عن الردّ بصنعه أولى وقيمه أحرى بسبب الجناية؛ لأنه صار ضمانا بإتلاف العبد والمجني عليه والإعتاق وله من كل قيمة ثلثها بالوصية وذلك ثلثي قيمة واحدة فسلم له بالوصية ثلثي قيمة العبد وترد على ورثة الواهب قيمة وثلث قيمة.

ولو أعتقه وهو يعلم كان ضامنًا للدية ولقيمته وذلك ستة عشرَ ألفا له ثلث الجميع ويؤدي الباقي لما عرف، وإن كانت قيمته عشرين ألفا فأعتقه وهو يعلم كان مال الميت الدية والقيمة له ثلث ذلك ويؤدّي الباقي، وإن كان لا يعلم فعليه قيمة وثلث لما بينا ولو كانت قيمته عشرة آلاف وأكثر فأعتقه وهو يعلم ضمن ثلثي الدية وثلثي القيمة، وإن كان لا يعلم دفعنا عنه ثلثي عشرة دراهم من ثلثي الدية؛ لأن مال الميت عشرون ألفا إلا عشرة فله ثلثي ذلك، فإذا كان منقوصا بعشرة تنقص من ذلك ثلثي عشرة نصيب للورثة.

ولو أن العبدَ وهب له الواهب قتلًا جميعا خطأ ردت الهبة ويضمن الموهوب له نصف الدية؛ لأن الهبة المنفذة في مرض الموت وصيَّة ولا وصيّة للقاتل فبطلت الهبة في جميع العبد وعاد العبد إلى ورثة الواهب وتهدر جناية العبد؛ لأن العبد عاد إلى قديم ملك الواهب وصار نصف الواهب تالفا بجناية الموهوب له فيضمن نصف الدية.

ولو وهب في مرضه عبدًا قيمته خمسة آلاف وقبض الموهوب له ووهبَه من آخر ثم قتل العبد، فإن اختار الموهوب له الثاني دفعه بالجناية ضمن الموهوب له الأول ثلث قيمته لورثة الواهب وقد فدَاهُ لم يرجعوا عليه بشيء؛ لأنه متى اختار الفداء صار مال الواهب الأول خمسة عشر ألفا الدية عشرة آلاف وقيمة العبد

خمسة آلاف فالعبد يخرج من ثلث ماله فصحّت الهبة في جميع العبد، فإن اختار الدفع صار مال الواهب عبدًا وقيمة عبد؛ لأن الموهوب لهُ الأول يضمن قيمة العبد للواهب الأوّل؛ لأنه بالهبة من الثاني عجز عن ردّ العبد فلزمه رد قيمته فصَار مال الميت قيمتين فيكون للموهوب له الأوّل ثلثا قيمة واحدة ويرد ثلث العبد إلى ورثة الواهب وقد دفع إليهم العبد فحصل للورثة عبد وثلث قيمته وقد نفذنا الوصية في ثلثي العبد فاستقام الثلث والثلثان.

ولو كانت قيمته خمسة عشر ألفا والواهبان مريضان ثم قتل العبد الواهب الثاني ومات الواهب الأول من مرضه سلم للموهوب له الثاني سبع العبد ورد ستة أسباعه إلى ورثة الواهب الثاني ثم يأخذ ورثة الواهب الأول من هذه الستة أربعة أسباع وثلثي سبع ويقال للموهوب له الثاني ادفع ذلك السبع أو افده بسبع الدية، وتخريجه وهو أن يجعل العبد على تسعة أسهم لحاجتك إلى الثلث وثلث الثلث، فإن الهبة الأولى تجوز في ثلث العبد والهبة الثانية تجوز في ثلث ثلثه وأقل حساب له ثلث ولثلثه ثلث تسعة ثلاثة للموهوب له الأول وسهم من ثلاثة للموهوب له الثاني وقد اختار الموهوب له الثاني الفداء فيفدي هذا السهم بثلثي سهم فيصير في يد ورثة الموهوب له الأول سهمان وثلثا سهم ويجب أن يكون في أيديهم سهمان ضعف ما نفذنا الوصيَّة فيه فتلى سهم هوَ الدائر فاطرح ثلثي سهم من نصيب ورثة الموهوب له الأول بقي حقهم في سهم وثلث وحق الموهوب له الثاني في سهمٍ فصار ثلث العبد على سهمين وثلث فقد انكسر بالثلث فاضرب سهمين وثلثًا في ثلاثة فصار سبعة للموهوب له الأول أربعة وللموهوب له الثاني ثلاثة فصار له ثلاثة أسباع الثلث في ذلك سبع العبد فجازت الهبة للموهوب له الثاني في سبع العبد وبطلت في ستة أسباعه فيردّ ذلك إلى ورثة الموهوب لهُ الأول وتهدر حياته ستة أسباعه لأنه جناية المملوك على مالكه حكما؛ لأنه كان مملوكا للموهوب له الأول وبقي إمكان الإعادة على ملكه فيجعل ملكه قائمًا معنًى واعتبارًا كما لو قتل العبد الموهوب الواهب تهدر جنايته فكذا هذا وجنايته بقدر سبعة معتبرة؛ لأنه جازت الهبة فيه فيفدي الموهوب له الثاني سبعة، فإذا اختار الدفع يسلم للموهوب له الثاني

سدس العبد بالهبة؛ لأن العبد جعل على تسعة أسهم للموهوب له الأول ثلاثة أسهم وللثاني من ذلك سهم ثم يدفع سهمه إلى ورثة الموهوب له الأول فتصير في أيديهم ثلاثة ويجب أن يكون في أيديهم سهمان ضعف ما نفذنا الوصية فيه فالسهم الثالث هو الدائر فاطرح من نصيب الورثة بقي حقهم في سهم وحق الموهوب له الثاني في سهم فصار ثلث العبد سهما على نصفين ونصف الثلث إنما هو سدس الكل فصار للموهوب له الثاني سدس العبد ثم يدفعه فيصير لورثة الموهوب له الأول سهمان وذلك سدسا العبد فاستقام الثلث والثلثان فيما بينهما، وكذلك فيما بين الموهوب له الأول والواهب الأول؛ لأنه حصل لورثة الواهب الأول ستة وأعطينا الموهوب له الثاني ثلاثة من تسعة، ولو قتل الواهب الأول وقيمته عشرة آلاف ومات الواهب الثاني من مرضه رد الموهوب له الثاني خمسة أسداسه فيأخذ ورثة الواهب الأول من ذلك ثلاثة أسداس العبد يبقى في يد ورثة الواهب الثاني ثلث العبد يقال لهم وللموهوب له الثاني ادفعوا ما معكم وهو نصف العبد إلى ورثة المقتول أو افده بنصف الدية ويرجع ورثة الواهب الثاني على الواهب له الثاني بثلث قيمة العبد، وتخريجه: أن يجعل العبد على تسعة أسهم ثلاثة للموهوب لهما وستة لورثة الواهب الأول، فإذا دفعا أو فديا صار في يد ورثة الواهب الأول تسعة ويجب أن يكون في أيديهم ستة فثلاثة أسهم هو الدائرة فاطرحها من نصيب الورثة في ثلثه وحق الموهوب لهما في ثلاثة فصار العبد في الآخرة على ستة لورثة الواهب الأول ثلاثة وذلك نصف العبد وثلاثة وبقي نصفه للموهوب لهما ثلث ذلك النصف للموهوب له الثاني وذلك سدس الكلّ، فإذا دفعا أو فديَا صار في يد ورثة الواهب ستَّة أسهُم ولهمَا ثلثها فاستقام الثلث والثلثان، ولو قتل الواهبان وهما مريضان قيل للموهوب له الثاني ولورثة الواهب الثاني ادفعا أو افديا، فإن فديا ردّ ستة أثمان العبد على ورثة الثاني يأخذ ورثة الواهب الأوّل من ذلك أربعة أثمان العبد ثم يفدي فدية الواهب الثاني ما بقي في يدهم وهو ربع العبد ربع الدية ويرجع ورثة الواهب الثاني على الموهوب له الثاني الربع الذي بقي في فديته بربع الدية من ورثة كل قتيل، وتخريجه: أن يجعل العبد على تسعة للموهوب لهما ثلثها ثلاثة ثمَّ

يفديان هذه الثلاثة بمثلها من الدية ثلاثة أسهم؛ لأن الدية والقيمة سواء فتصير في يد ورثة الواهب الأول تسعة ويجب أن يكون في أيديهم ستة ضعف ما نفذنا الوصيّة فيه فثلاثة أسهم هي الدائرة فاطرحها من نصيب ورثة الواهب الأوّل فبقي لهم ثلاثة وهي حق الموهوب لهما في ثلاثة فصَار العبد في الآخرة على ستة فصار العبد بين ورثة الواهب وبين الموهوب لهما نصفان ثم يفديان ثلاثة أسهم بمثلهما من الدية وذلك ثلاثة أسهم فيصير في يد ورثة الواهب الأوّل ستة هذا بيان الحكم فيما بين الواهب والموهوب لهما.

وأمّا فيما بين الواهبين وهو أن يجعل نصف العبد على ثلاثة أسهم للموهوب له الثاني سهم فيفديه بمثله فيصير في يد ورثة الواهب الأول ثلاثة ويجب أن يكون في أيديهم سهمَان فالسهم الثالث هو الدائر فاطرحه من نصيب ورثة الواهب الثاني فبقي حقهم في سهم وحق الموهوب له الثاني في سهم فصار نصف العبد بينهما نصفين فصار للموهوب له الثاني ربع العبد يفديه بمثله للواهب الثاني؛ لأن ربعه حي على الواهبين وقد فدى الأوّل بمثله فيفدى بمثله للثاني أيضًا فصار في يد ورثة الواهب الثاني سهمان وقد نفذنا الوصيّة في سهم ثمَّ يرجع ورثة الواهب الثاني على الموهوب له الثاني بربع قيمة العبد وذلك ألفان وخمسمائة؛ لأن ذلك إنما لزم الواهب الثاني بجناية كانت في ضمان الموهوب له الثاني فيكون قرارا لضمان عليه، فأمّا إذا اختار الدفع ردّ الموهوب له الثاني تسعة أجزاء من أحد عشر جزءًا من العبد إلى ورثة الواهب الثاني فيأخذ ورثة الواهب الأول ستة أجزاء من ذلك ويبقى في يدهم ثلاثة أجزاء فيدفعونها بالجناية إليهم أيضًا ويرجعون بقيمتها على الموهوب لَهُ الثاني ويدفع الموهوب له الثاني الجزءين اللذين بقيا في يده أحدهما إلى ورثة الواهب الأوّل والآخر إلى ورثة الواهب الثاني، وتخريجه: أن للموهوب الثاني من ثلث العبد سهمًا من ثلثه فيدفع نصفه إلى ورثة الواهب الثاني؛ لأن هذا السهم جنى جنايتين معتبرتين فصار في يد ورثة الواهب الثاني سهمان ونصف سهم ويجب أن يكون في أيديهم سهمان ونصف سهم هو الدائر فاطرحه من نصيب الورثة فبقي لهم سهم ونصف وبقي حق الموهوب له في سهم فصار ثلث العبد على سهمين

ونصف سهم ونصف لورثة الواهب الثاني فانكسرَ بالنصف فأضعف فصار خمسة فصار لهم ثلاثة وللموهوب له الثاني سهمان ثم يدفع الموهوب له الثاني أحد السهمين إلى ورثة الواهب الثاني فصار لهم أربعة وقد نفذنا الوصيَّة في سهمين، فإذا صار ثلث العبد على خمسة صار كله على خمسة عشر فيكون في يد ورثة الواهب الأول عشرة ثم يدفع الموهوب له الثاني أحد السهمين اللذين بقيا في يده إلى ورثة الواهب والواهب الثاني يدفع ثلاثة أخماسه؛ لأن جناية ثلاثة أخماسه على الواهب الثاني هدر لأنهما جناية المملوك على مالكه وعلى الواهب الأول معتبرة لأنها جناية المملوك على الأجنبي فصار في يد ورثة الواهب الأول أربعة عشرَ، ويجب أن يكون في أيديهم عشرة فأربعة أسهم هي الدائرة فاطرحها من نصيب ورثة الواهب الأول ونصيبهم عشرة فبقي لهم ستة وبقي حق الموهوب لهما في خمسة فصار العبد على أحد عشرَ جزءًا في الآخرة خمسة للموهوب لهما سهمان للموهوب له الثاني يؤدي سهمًا إلى ورثة الواهب الأول وثلاثة لورثة الواهب الثاني يؤدي كلاهما إلى ورثة الواهب الأول فصار في أيديهم عشرة وقد نفذنا الوصيّة في خمسة ويرجع ورثة الواهب الثاني بقيمة ثلاثة أخماس المدفوعة بالجناية على ورثة الموهوب له الثاني؛ لأن الجناية كانت في ضمانه لما بينًا.

(باب جناية العبد الموهوب مع غيره على الواهب أو جنى العبد على الواهب أو جنى خطأ)

(المبسوط): ولو قتل العبد الموهوب في مرض وقيمته عشرة آلاف وأجنبي الواهب في مرضه فعلى الأجنبي نصف الدية ويرد خمسي العبد إلى الورثة ويدفع الموهوب له ثلاثة أخماس العبد أو يدفعه بثلاثة أخماس نصف الدية؛ لأن مال الميت خمسة عشرَ ألفًا عبد قيمته عشرة آلاف ونصف الدية خمسة آلاف على الأجنبي فيجعل الدية على ثلاثة أسهم والعبد على ستة أسهم فصحت الهبة في ثلث العبد وذلك سهمان وبطلت في أربعة ثم يقال للموهوب له افدِ ما جازت الهبة فيه بمثل نصفه وذلك سهم فيصير في أيدي الورثة خمسة أسهم والسهم الخامسُ هو

الدائر؛ لأنه مال استفاده الميت فتنفذ الوصيَّة فيه فيطرح ذلك السهم من نصيب الورثة؛ لأن الدور من جانبهم جاءَ وبدأ وإليهم يعود ويرجع فبقي حقهم في ثلاثة وبقيَ حق الموهوب له في سهمين فكان للموهوب له خمسا جميع التركة وذلك ستَّة آلاف من خمسة عشر ألفا وذلك ثلاثة أخماس العبد فتجوز الهبة في ثلاثة أخماس العبد وتبطل في خمسه، ولو كان له عبدان قيمة كل واحد منهما عشرة آلاف فوهب كل واحد لرجل على حدة في مرضه وقبضاهما ثم قتل أحد العبدين الواهب رد من كل واحد ثلاثة أخماسه إلى الورثة وجازت الهبة لكل واحد منهما في خمسي عبده ثم قيل لمولى القاتل ادفع الخمسين أو افده بخمس الدية، وتخريجه أن مال الميت عشرون ألفا اختار الدفع أو الفداء، فإن الدية والقيمة سواء فيجعل ماله على ثلاثة أسهم للموهوب لهما سهم وللورثة سهمان وقد انكسر السهم من الموهوب لهما فأضعف الفريضة فصارت ستة فصار لهما سهمان لكل واحدٍ سهم ثم مولى القاتل يدفع سهمه بالجناية فيصير في يد الورثة خمسة فالسهم الخامس هو الدائر؛ لأنه يجب أن يكون في يد الورثة ضعف ما لهما فاطرحه من نصيب الورثة فبقي حقهم في ثلاثة وحق الموهوب لهما في سهمين فصار مال الواهب على خمسة فظهر أن للموهوب لهما خمسَي المال وذلك ثمانية آلاف من عشرين ألفا لكل واحد أربعة آلاف وأربعة آلاف خمسا كل عبد فجازت الهبة لكل واحدٍ في خمسي العبد وبطلت في ثلاثة أخماسه، ولو قتل أحد العبدين وأجنبي الواهب غرم الأجنبي نصف الدية ويقال لمولى العبد القاتل ادفع أو افدِ، فإن اختار الدفع جازت الهبة لكل واحد منهما في نصف العبد ورد نفقته بنقض الهبة ثم يدفع مولى القاتل ما صار له بالجناية؛ لأن مال الميت خمسة وعشرون ألفا قيمة عبدين عشرون ألفا ونصف الدية خمسة آلاف فيكون للموهوب لهما خمسا خمسة وعشرين ألفا بعد طرح السهم الدائر من الوجه الذي بينا وخمسَا ذلك عشرة آلاف لكل واحد منهما خمسة آلاف من كل عبد وذلك نصف قيمة كل عبد فقد جازت الوصيّة لكل واحد في نصف عبد وبطلت في نصفه فيرد نصفه بنقض الهبة فحصل للورثة عبد كامل قيمته عشرة آلاف وخمسة آلاف نصف الدية على الأجنبي ثمَّ

مولى القاتل يدفع نصف العبد بالجناية قيمته خمسة آلاف فحصل للورثة عشرون ألفًا فاستقام الثلث والثلثان، فإن اختار الفداء كان لكل واحد منهما خمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من عبده ويفدي مولى القاتل ذلك بخمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من نصف الدية، وتخريجه: أن يجعل مال الميت وذلك خمسة وعشرون ألفًا على ثلاثة أسهم سهمان للورثة وسهمٌ للموهوب لهما انكسر بالنصف فأضعف فصار ستة للموهوب لهما سهمان وللورثة أربعة ثمَّ مولى القاتل يفدي سهمه بمثل نصفه وذلك نصف سهم وهو الدائر فاطرحه من نصيب الورثة فيبقى لهم ثلاثة ونصف وهي حق الموهوب لهما في سهمين فصار مال الواهب في الآخرة على خمسة ونصف فانكسر بالنصف فأضعف فصار أحد عشر فيجعل ماله وذلك خمسة وعشرون ألفًا على أحد عشر سهمًا للموهوب لهما أربعة من أحد عشرَ لكل واحد سهمان فاضرب أحد عشر في خمسة وعشرين فيصير مائتين وخمسة وسبعين فالجزء الواحد منهما خمسة وعشرون فللموهوب لهما مائة أجزاء وللورثة مائة وخمسة وسبعون ثم يدفع مولى القاتل بمثل نصف حصته وذلك خمسة وعشرون فصار للورثة مائتان وقد نفذنا الوصيّة في مائة وجزأين من أحد عشرَ جزءًا من خمسة وعشرين ألفا خمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من عشرة آلاف لأنك متى ضربت عشرة في إحدى عشرة تصير مائة وعشرة فخمس مرات عشرة خمسون، فظهر أن هبة كل واحد منهما جازت في خمسة أجزاء من أحد عشر جزءًا من العبد وبطلت في ستة.

(فصل)

وهب عبدًا في مرضه قيمته ألف ثم قتل العبد الواهب وأجنبيا خطأ، فإن اختار الموهوب له الدفع رد ثلاثة أخماسه ينقض الهبة وخمسًا إلى الأجنبي وخمسًا إلى ورثة الواهب ثم يدفع ورثة الواهب الثلاثة الأخماس إلى ولي الأجنبي أو يفدون ذلك وأي ذلك فعلوا رجعوا على الموهوب له بالأقل من الفداء والدفع، وإن اختار الفداء فدى كل واحد بديّته وسلم له العبد، وتخريجه: أن يجعل العبد على ستة أسهم لأنا نحتاج إلى حساب له ثلث ولثلثه نصف وأقل ذلك ستة جازت الهبة في

سهمين وبطلت في أربعة والموهوب له يدفع أحد سهميه إلى ورثة الواهب لما اختار الدفع فصارت في أيديهم خمسة أسهم ويجب أن يكون في أيديهم أربعة أسهم فالسهم الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيب الورثة فبقي لهم ثلاثة أسهم وللموهوب له سهمان فصار العبد في الآخرة على خمسة ثم الموهوب له يدفع أحد سهميه إلى ورثة الواهب فصار لهم أربعة وقد نفذنا الوصيّة في سهمين وبقي للموهوب له خمس العبد ثم يدفع ورثة الواهب بالثلاثة الأخماس إلى ولي الأجنبي أو يفدون ذلك؛ لأن هذه الثلاثة جناية على الواهب وعلى الأجنبي وجناية على الواهب هدر؛ لأنه جناية مملوكة على مالكه؛ لأن هذه الثلاثة عادت إلى قديم ملكه بنقض الهبة؛ لأنه ظهر أن الهبة لم تصح فيها وجنايته على الأجنبي معتبرة وهذه الجناية كانت في ضمان الموهوب له وفي ملكه الفاسد فيرجعون بقيمة ثلاثة أخماس العبد على الموهوب له وذلك ستمائة وفي أيديهم خمس العبد قيمته مائتي درهم فقد حصل للورثة ثمانمائة وقد نفذنا الوصية في أربعمائة خمسا العبد وبقي في يده خمس العبد فيدفعه إلى ورثة الأجنبي فحصل لورثة الأجنبي أربعة أخماس العبد وبقي خمس العبد في يد ورثة الواهب، وأما الفداء فلأن العبد قتل قتيلين خطأ فلما اختار الفداء صار مال الواهب أحد عشر ألفًا الدية عشرة آلاف وقيمة العبد ألف والعبد أقل من ثلث ماله فجازت الهبة في جميع العبد فصار كله ملكًا للموهوب له فيبدي بديته وإن اختار الفداء لورثة الواهب والدفع إلى الأجنبي دفع إليه نصفه وفدى منهم نصفه بدية كاملة؛ لأنه ثبت النصف في حق الدفع لضيق المحل ولن يثبت التنصيف في حق الدية لعدم الضيق في حق الدية كما لو اختار الفداء إليهما يلزمه لكل واحد دية كاملة فكذا إذا اختار الفداء لأحدهما وتجوز الهبة في العبد كله؛ لأن مال الميت أحد عشر ألفًا والعبد يخرج من ثلث ماله ولم يهدر شيء من الجناية على الواهب، وإن اختار الفداء من الأجنبي والدفع إليهم دفع إليهم ثلاثة أخماسه ينقض الهبة وخمسه بالجناية ثم يدفعون ثلاثة أخماسه إلى وليّ الأجنبي أو يفدون ويرجعون بالأقلّ ويفدون الخمس الآخر من الأجنبي بخمس الدية؛ لأنه لما اختار الدفع إلى ورثة الواهب كان مال الواهب العبد لا غير لأنَّ الدّية

للأجنبي لا للمقتول وقد تبرع بجميع ذلك فيصح بقدر الثلث فيجعل العبد على ستة فجازت الهبة في سهمين وبطلت في أربعة. ثم الموهوب له يدفع أحد سهميه إلى ورثة الواهب فصارَ في أيديهم خمسة أسهم ويجب أن تكون في أيديهم أربعة فالسهم الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيب الورثة ونصيبهم في الأصل أربعة فيبقى لهم ثلاثة وبقي للموهوب له سهمان فصار العبد في الآخرة على خمسة، ثم يدفع الموهوب له أحد سهميه إلى ورثة الواهب فصار في أيديهم أربعة، ثم الجناية ثلاثة أخماس المدفوعة إلى ورثة الواهب على الأجنبي معتبرة وعلى الواهب مهدرة فيدفعون ذلك إلى ورثة الأجنبي أو يفدونه ثم يرجعون بقيمة ذلك على الموهوب له لما بينا.

ثم ذكر في الكتاب أن الموهوب له يفدي الخمس الآخر من الأجنبي بخمس الدية قال مشايخنا: وكأنه وقع غلطا من الكاتب والصحيح أن يقال يفديه بخمسي الدية فكان الكاتب حذف الياء عن الخمس غلطًا وسهوًا وذلك؛ لأن حق الأجنبي في جميع الدية وقد وصل إليه ثلاثة أخماس الدية يدفع ثلاثة أخماس العبد إليه بقي إلى تمام حقه خمسا الدية حتى يصل إليه جميع الدية، وكذلك لو كانت قيمة أكثر من ذلك إلى خمسة آلاف ولو كانت قيمته ستة آلاف فجواب الدفع لا يختلف.

وإن اختار الفداء منهما يفدي من كل واحد منهما بثلاثة أرباع الدية ويرد ربع العبد نقضًا للهبة على ورثة الواهب ثمَّ يدفعونه إلى ورثة الأجنبي، وتخريجه: أن يجعل العبد على ثلاثة أسهم جازت الهبة في سهم، فإذا اختار الموهوب له الفداء يفدي سهمه بمثله وبمثل ثلثيه وذلك سهم وثلثي سهم فصار في يد ورثة الواهب ثلاثة أسهم وثلثي سهم ويجب أن يكون في أيديهم سهمان ضعف ما نفذنا الوصية فيه، فسهم وثلثي هو الدائر فاطرحه من نصيب ورثة الواهب في الأصل وذلك سهمان فبقي لهم ثلث سهم وبقي للموهوب له سهم فصار العبد في الآخرة على سهم وثلث فانكسر بالثلث فاضربه في ثلثه فصار أربعة للموهوب له ثلاثة ولورثة الواهب سهم، فعلم أن الهبة جازت في ثلاثة أرباع العبد، وبطلت في ربعه فيرد ربعه نقضًا للهبة ويفدي بثلاثة أرباعه لورثة الواهب والأجنبي لكل واحد منهما بثلاثة

أرباع الدية، وكان جملة ما وجب عليه من الفداء لهما دية ونصف ثم باقي العبارة على ما ذكرنا وهذه المسألة تدل على أن الجواب في المسألة المتقدمة وقع غلطًا من الكاتب.

(باب الرجل يهب العَبد في مرضه فيجني العبد على الواهب ثم عفا عنه)

(المبسوط): ولو كانت قيمته عشرين ألفا وخرج الواهب خطأ فعفا عنه ثم مات واختار الموهوب له الدفع دفع ثلاثة أرباعه وسلم له الربع، وتخريجه: أن يضعف الدية؛ لأنه متى كانت قيمة العبد أكثر من عشرة آلاف وقد عفا عن الجناية كان حق الورثة في ضعف الدية، فتضعيف الدية لأجل العفو وتضعيف القيمة لأجل الهبة فتصير القيمة المضاعفة مَعَ الدية المضاعفة ستين ثم تزيد القيمة على هذا فصار الكل ثمانين ثمَّ يجعل العبد على ثمانين سهمًا فيضرب الورثة فيهما بضعف الدية والقيمة وذلك ستون والموصى له بقدر القيمة وذلك عشرون وعشرون من ثمانين قدر ربعه فعلمت أن الهبة جازت في ربعه وبطلت في ثلاثة أرباعه، فيجوز أيضًا العفو في ربع الدية، وربع الهبة خمسة آلاف وربع الدية ألفان وخمسمائة فيكون جميع ذلك خمسة آلاف، وربع الدية ألفان وخمسمائة فيكون جميع ذلك سبعة آلاف وخمسمائة، وقد حصل للورثة ثلاثة أرباع العبد قيمته خمسة عشر ألفا وقد نفذنا الوصيّة في نصف ذلك فاستقام الثلث والثلثان ولم يذكر جواب الفداء هنا.

وذكر في كتاب العتق: في المرض في مثل هذه أنه يفدي ثلثي العبد بثلثي الدية ويرد ثلثي العبد نقضًا للهبة؛ لأنه لما اختار الفداء صار مال الميت ثلاثين ألفًا الدية عشرة آلاف وقيمة العبد عشرون ألفًا وقد تبرع بكل واحد من المالين.

أما بالدية فإنَّهُ عفا الدية وبالعبد، فإنه وهب فيصح تبرعه بكل واحد من المالين بقدر ثلثه فيصح العفو بقدر ثلث الدية وتصحّ الهبة في ثلث العبد وبطلا في ثلثيهما فحصل للورثة ثلثا الدية بالفداءِ وذلك ستة آلاف وستمائة وستة وستون وثلثان وثلثا العبد نقضًا للهبة قيمته ثلاثة عشَرَ ألفًا وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث فمبلغه

عشرون ألفًا وقد حصَل للموهوب له بالعفو والهبة نصف ذلك عشرة آلاف ثلث الدية وذلك ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وثلث العبد قيمته ستة آلاف وستمائة وستة وستون وثلثان فتكون الجملة عشرة آلاف.

وإن كانت قيمته ثلاثين ألفًا دفع منهُ ثمانية أجزاء من أحد عشر جزءًا، وتخريجه: وهو أن يضعف الدية والقيمة فتصير ثمانين ألفًا ثم يزيد عليها القيمة فصار كله مائة وعشرة آلاف، ثم يجعل العبد على مائة وعشرة فيضرب الموهوب له فيها بقدر قيمة العبد وهي ثلاثون وثلثان من مائة وعشرة ثلاثة أجزاء من أحد عشر جزءًا فصح العفو فيه وبطل في ثمانين وذلك ثمانية أجزاء من أحد عشر جزءًا من العبد. ولما صار الحساب من أحد عشر صارت الدية أحد عشر وصارت قيمة العبد ثلاثة وثلاثين وقد جازت الهبة في ثلاثة أجزاء من أحد عشر جزءًا من العبد وذلك تسعة أسهم من ثلاثة وثلاثين، وكذلك جاز له بالعفو من الدية ثلاثة أجزاء من أحد عشر جزءًا فحصل للموهوب له بالعفو والهبة اثنا عشر وقد بقي للورثة من العبد أربعة وعشرون ضعف ما نفذنا الوصيَّة فيه، فإن اختار الفداء، فإنه يفدي ثلثي العبد ويرد ثلاثة نقضًا للهبة لما بينا.

ولو وهب عبده في مرضه فقتل العبد الواهب عمدًا وله وليان فعفا أحدهما وقيمة العبد ألف واختار الدفع دفع ثلاثة أخماسه نقضًا للهبة ويدفع أحد الخمسين إلى الذي لم يعف ويقتسمان الأربعة الأخماس على اثني عشرَ سهمًا خمسة للعافي وسَبْعَة لغير العافي، وتخريجه: أن يجعل العبد على ثلاثة جازت الوصيَّة في سهم وبطلت في سهمين ثم الموهوب له يدفع نصف سهمه إلى الساكت بالجناية فانكسر فأضعف فصار ستة للموهوب له سهمان يدفع أحد سهميه إلى الساكت فصار في يد الورثة خمسة ويجب أن يكون في أيديهم أربعة فالسَّهم الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيب الورثة يبقى لهم ثلثه وبقي حق الموهوب له يدفع أحد خمسيه إلى غير العافي فيصير في يد الورثة أربعة وقد نفذنا الوصية في خمسة ثم أربعة أخماس الورثة يقسم على اثني عشر سهمًا خمسة للعافي وسبعة لغير العافي؛ لأن حق العافي في نصف قيمة العبد لأنه يبطل حقه عن العبد وحق غير العافي في نصف

قيمة العبد وخمس عبد الجناية؛ لأنه لم يعف عن الجناية فاجعل كل نصف من قيمة العبد خمسه وخمس جميع العبد سهمان فحق غير العافي في سبعة فيضرب العافي في اثني عشر بخمسة وغير العافي بسبعة وإذا صارت الأربعة الأخماس على اثني عشر صار العبد الكامل على خمسة عشر خمسة للموهوب له وذلك ستة بقي قسمة للورثة ثم يدفع الموهوب له أحد خمسة وذلك ثلاثة إلى غير العافي فصار في يد الورثة اثنا عشر وقد نفذنا الوصيّة في ستة فاستقام الثلث والثلثان.

وإن اختار الفداء فدى نصفه بنصف الدية ويسلم له العبد بالهبة؛ لأن نصف العبد ظهرَ عن الجناية بالعفو وبقي النصف الآخر مشغولا بنصف الدية فيفديه بنصف الدية وإذا اختار الفداء صار مال الميت ستة آلاف ونصف الدية خمسة آلاف وعبد قيمته ألف والعبد أقل من ثلث ماله فجازت الهبة في جميع العبد فأعطينا للورثة خمسة أضعافه وكان مستقيما، ثم يقسم نصف الدية بين الاثنين على اثني عشر سهمًا منها للعافي والباقي لغير العافي؛ لأن حق العافي في نصف قيمة العبد وذلك خمسمائة وحق الساكت في نصف قيمة العبد خمسمائة، ونصف الدية خمسة آلاف بسبب الجناية، فاجعل كل خمسمائة سهمًا فصار نصيب الساكت أحد عشر سهمًا ونصيب العافي سهمًا واحدًا فصارت الخمسة آلاف مقتسمة بينهما على اثني عشر سهمًا للعافي وأحد عشر للساكت، وكذلك لو كانت قيمته أكثر من ذلك إلى عشرة آلاف فحكم الدفع أن يرد ثلاثة أخماسه بنقض الهبة وخمسة بالجناية على ما ذكرنا.

وأما الفداء فإن كانت قيمته مثل ربع الدية ألفين وخمسمائة أو أقل فداه بنصف الدية وتضارب الاثنان فيه يضرب العافي بنصف قيمة العبد والآخر بنصف الدية وبنصف قيمة العبد؛ لأن العبد يخرج من ثلث ماله إذا كانت قيمته ألفين وخمسمائة أو أقل، وإن كانت ثلاثة آلاف رد ربع العبد وفدى ثلاثة أرباعه بثلاثة أرباع نصف الدية فاقتسم الاثنان ربع العبد وثلاثة أرباع نصف الدية يضرب العافي فيها بنصف قيمة العبد والساكت بنصف قيمة العبد وبثلاثة أرباع نصف الدية إلا أن ربع العبد لحم ودم بينهما نصفان ويتحاصّان، وتخريجه: أن جميع مال الميت ثمانية آلاف عبد قيمته ثلاثة آلاف ونصف الدية خمسة آلاف والعبد لا يخرج من ثلث ماله

فيجعل العبد على ستة؛ لأنا نحتاج إلى حساب له ثلث ولثلاثة نصف وأقله ستّة فجازت الهبة في سهمين وبطلت في أربعة وإذا صارت قيمة العبد وهي ثلاثة آلاف على ستة صارت الدية وهي عشرة آلاف عشرون سهمًا ثم يفدي الموهوب له أحد السهمين وهو سدس بسدس الدية وذلك ثلاثة أسهم وثلث سهم فصار في يد الورثة سبعة وثلث ويجب أن يكون في أيديهم أربعة فثلاثة وثلث هي الدائرة فاطرحها من أصل حقهم وهو أربعة يبقى لهم ثلثا سهم وللموهوب له سهمان فصار كله سهمين وثلثين انكسر بالأثلاث فاضرب سهمين وثلثين في ثلاثة فصار ثمانية فصار للموهوب له ستة وللورثة سهمان وستة من ثمانية ثلاثة أرباعه فعلم أن الهبة جازت في ثلاثة أرباع العبد وبطلت في ربعه فيرد ربع العبد نقضًا للهبة وقيمته سبعمائة وخمسون ثم يفدي نصف ما جازت الهبة فيه للساكت وذلك ثلاثة أثمان جميع العبد بثلاثة أرباع نصف الدية وذلك ثلاثة آلاف وسبعمائة وخمسون، وقد جوزنا الهبة في ثلاثة أرباع العبد وقيمتها ألفان ومائتان وخمسون فاستقام الثلث والثلثان ثم ما حصل للورثة يقسم بين الاثنين على سبعة وعشرين سهمًا يضرب العافي فيها بنصف قيمة العبد وذلك ألف وخمسمائة الساكت يضرب بنصف قيمة العبد وبثلاثة أرباع نصف الدية ومبلغه أربعة آلاف ومائتان وخمسون فاجعل كل مائتين وخمسين سهما فصار حق الساكت أحدًا وعشرين وحق العافي ستة أسهم فيكون كله سَبعة وعشرين، وإن شئت اختصرت من نصيب كل واحد منهما على الثلث؛ لأن بينهما موافقة بالثلث فاختصر من نصيب العافي على الثلث وذلك سهمان ومن نصيب الساكت على الثلث وذلك سبعة فيكون جملته تسعة فيقسم أربعة آلاف وستمائة على تسعة.

ولو وهب في مرضه عبدًا قيمته ألف ثم قتل العبد العبد الواهب خطأ وله وليان فعفيا عنه رد الموهوب له نصف العبد وصار له نصفه؛ لأنه يجعل العبد على ثلاثة أسهم جازت الهبة في سهم وبطلت في سهمين فيدع الموهوب لهُ سهمه بالجناية فيصير في يد الورثة ثلاثة أسهم، ويجب أن يكون في أيديهم سهمان فالسهم الثالث هو الدائر فيطرح الورثة فيبقى لهم وللموهوب له سهم، ويدفع سهمه بالجناية فصار

لهم سهمان وصار مال الميت في الآخرة عبد ونصف عبد حكمًا واعتبارًا؛ لأن ما أتلفا بالعفو من نصف كأنهما قبضا ثم استهلكا؛ لأن إتلاف المال قبض له حكما كالمشتري إذا أتلف المبيع صار قابضًا فكذا هذا، فحصل لهما عبد وللموهوب له نصف عبد فمتى كان يدفع العبد كله نصف نقضًا للهبة ونصفه بالجناية، فإذا عفيا عنه يسلم نصفه نقضًا للهبة ويسلم له نصفه بالعفو.

ولو كان قتله عمدًا ردَّ ثلثي العبد؛ لأن العفو عن القصاص جائز عن الكلّ في المرض؛ لأنه ليس بمال وحق الورثة لا يتعلق بما ليس بمال، فإذا جاز العفو ظهر العبد من الجناية فبقي عبد غير جانٍ فتجوز الهبة في ثلثه وتبطله في ثلثيه، ولو قتل عبدًا للموهوب له عمدًا وقيمتهما سواء فعفا عنه ردّ ثلثيه وجاز له الثلث والجناية على عبده باطلة؛ لأن جناية المملوك على مملوك مالكه هدر فصار كأنه لم يجن.

ولو كان الواهب ترك عبدين أحدهما الذي جنى على أجنبي والآخر الذي وهب فعلى أولياء المجني عليهما فإنَّ عفوهم بمنزلة قبضهم ويرد الموهوب له نصف العبد ويجوز له نصفه وهذا إذا قتل الموهوب الواهب خطأ فعفا عنه ولياه وللواهب عبد آخر جنى على إنسان فعفا عنه وذلك الإنسان؛ لأنه يصير كأنه لم يجن لما بينا. وهب عبدًا في مرضه ثم قتل العبد الواهب وله وليان فعفا عنه أحدهما واختار الدفع ردًّا إليهما نصفه بنقض الهبة بينهما ودفع ربعه إلى الساكت بحق الجناية ويسلم له ربعه؛ لأن ما يستحقه العافي بالجناية من ربع العبد يسلم للموهوب له؛ لأنه وجبَ على الموهوب له رد ثلاثة أرباع العبد ربعه للعافي نقضًا للهبة وربعه للساكت نقضًا للهبة وربعه دفعًا بالجناية وما يستحقه العافي بالجناية من ربع العبد يسلم للموهوب له.

ولو اختار الفداء فدى نصفه من الساكت بنصف الدية وسلم له العبد كله إذا كانت قيمته ما بينه وبين ثلث الدية ويقتسمان نصف الدية ونصف قيمة العبد التي أتلف العافي فيضرب في ذلك الساكت بنصف الدية وبنصف القيمة ويضرب العافي بنصف القيمة من قبل الهبة وبنصف القيمة من قبل العفو أيضًا، فإن كانت قيمته ألفان اقتسما على ثمانية سهمان للعافي يحسبُ عليه مَا أتلف بالعفو ويعطي الفضل

ويخرجه من مال الميت سبعة آلاف خمسة آلاف نصف الدية وألفان قيمة العبد وذلك أقل من ثلث ماله فيسلم للموهوب له جميع العبد؛ لأنه يخرج من الثلث ثم نصف الدية وهو خمسة آلاف وما أتلفه العافي من نصف قيمة العبد وذلك ألف فيكون جملته ستة آلاف يجعل على ثمانية أسهم؛ لأن حق الساكت في نصف الدية ونصف قيمة العبد وذلك ستة آلاف وحق العافي في نصف قيمة العبد مرتين مرة بانتقاض الهبة ومرّة بالعفو؛ لأن ما أتلفه بالعفو وهو قابض له حكما، وكذلك ألفان فاجعل كل ألف سهما فصار حق العافي في سهمين وحق الساكت في ستة أسهم، ولو كانت قيمته خمسة آلاف واختار الفداء بطلت الهبة في ثلثه ورد الثلث إلى الوارثين ويفدي من الساكت ثلاثة بثلث الدية فصار في أيديهما من العبد والدية خمسة آلاف وقد أتلف العافي بالعفو ألفا وستمائة وستة وستين وثلثين كأنه قبضها فصارت الجملة مقدار ثلثي الدية يضرب في ذلك العافي بنصف الرقبة وثلث القيمة ويضرب الساكت بنصف الرقبة وثلث الدية إلا أن ثلث العبد لحم ودم بينهما نصفان ويتخاصمان، وتخريجه: أن يجعل العبد على ستة والدية على اثني عشر سهما كل ألفين وخمسمائة ثلاثة أسهم فجاز العفو في سهمين من العبد وبطل في أربعة، ثم يفدي الموهوب له نصف الثلث وهو سدس العبد الساكت سدس الدية وذلك سهمان من اثني عشر وسدس العبد الذي استهلكه العافي بالعفو ويجعل كأنه قبض ذلك وأتلفه وذلك سهم فيجتمع في أيدي الورثة سبعة، ويجب أن يكون في أيديهم أربعة ضعف ما نفذنا الوصية فيه، فثلاثة أسهم هو الدائر فيطرح من نصيبهم يبقى لهم سهم فيضرب الورثة بسهم في العبد والموهوب له بسهمين فصار العبد على ثلاثة، سهمان وذلك ثلثاه للموهوب له وسهم وذلك للورثة فعلم أن الهبة جازت في ثلثي العبد فيفدي نصف الثلثين بثلث الدية؛ لأنه لولا العفو من أحدهما لكان عليه أن يفدي ثلثي العبد بثلثي الدية، فإذا عفا أحدهما فدى أحد الثلثين بثلث الدية والثلث الباقي سلم له بغير فداء، فصَار جميع ما للورثة ستة آلاف وستمائة وستة وستين وثلثين وذلك ضعف ما نفذنا الوصية فيه ثم يضرب العافي في ذلك بنصف الرقبة وذلك ألفان وخمسمائة وبثلث القيمة وذلك ألف وثلثا ألف لأجل

العفو فتكون جملته أربعة آلاف ومائة وستة وستين وثلثين، ويضرب الساكت فيه بنصف الرقبة وذلك ألفان وخمسمائة وبثلث الدية وذلك ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فاجعل أقل المالين وذلك مائة وستة وستون وثلثا سهم، فصار كل ألف ستة أسهم فصار حق الساكت في خمسة وثلاثين سهما وحق العافي في خمسة وعشرين سهمًا وبين النصيبين موافقة بالخمسة فاختصر من نصيب كل واحد على خمسة من نصيب الساكت سبعة ومن نصيب العافي خمسة فيكون جملة ذلك على اثني عشرَ فيقسم المال على اثني عشر خمسة للعَافي يحسب له ثلث القيمة التي عفا ويأخذ الفضل وما بقي للسَّاكت.

(باب العبد الموهوب إذا قتل الواهب وقد كان أوصى لرجل بثلث ماله)

(المبسوط): وهب عبدًا في مرضه قيمته ألفي درهم ثم قتل الواهب خطأ وقد أوصى لرجل بثلث ماله فاختار الدفع دفع أربعة أخماسه نقضًا للهبة وخمسة بالجناية ويكون للموصى له خمس العبد، وتخريجه: أن يجعل العبد على ستة لحاجتك إلى حساب له ثلث ولثلثه نصف وأقله ستة جازت الهبة في سهم وبطلت في سهم في خمسه، ثمَّ الموهوب له يدفع سهمه بالجناية فيصير في يد الورثة ستة أسهم، ويجب أن يكون في أيديهم خمسة فالسَّهم السادس هو الدَّائر فيطرح من نصيب الورثة والموصى له بالثلث ونصيبهم في الأصل خمسة فيبقى لهم أربعة وللموهوب له سهم فصار العبد في الآخرة على خمسة فظهر أن الهبة جازت في خمس العبد وبطلت في أربعة، ثم يدفع الموهوب له سهمه بالجناية فيصير لهم خمسة ثم الموصى له بالثلث يأخذ خمس باقي الورثة وذلك سدس العبد فيبقى للورثة أربعة وقد نفذنا الوصيَّة لهُمَا في سهمين.

وإن اختار الفداء فدى جميعه بجميع الدية ويعطى الموصى له بالثلث ألفين من

الدية وهذا قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن مال الميت اثنا عشر ألفًا الدية عشرة آلاف وقيمة العبد ألفان فيكون ثلث ماله أربعة آلاف فجازت الهبة في جميع العبد للموهوب له يبقى إلى تمام الثلث ألفان فيكون للموصى له وبقي للورثة ثمانية آلاف.

فأما عندهما فيضرب الموهوب له بكل العبد وصاحب الثلث بثلث العبد فيكون ثلث المال بينهما على أربعة ثم يسقط سهَام الدَّور فيبقى من كل المال تسعة لصاحب الثلث سهم وللورثة ثمانية، وإن كانت قيمته أقل من ألفين أعطى الموصى له تمام الثلث مع قيمة العبد من الدية ومن قيمة العبد؛ لأنه متى كانت قيمة العبد ألفًا صار مال الميت أحد عشر ألفًا فيكون ثلث ماله ثلاثة آلاف وستمائة وستَّة وستون وثلثان وللورثة ثمانية ضعفَ ما أعطينا للموصى لهما، وإن كانت قيمته ثلاثة آلاف فحكم الدفع ما مرَّ، وإن اختار الفداء ردّ خمسة أثمانه بنقض الهبة وجازت له الهبة في ثلاثة أثمانه وفدى فأجاز له بثلاثة أثمان الدية عند أبي حنيفة ويعطي الموصى له من الورثة ثلاثة أثمان العبد والباقي لهم، وتخريجه: أنه لما جعل العبد على ستة وقيمته ثلاثة آلاف صارت الدية وهي عشرة آلاف عشرين سهما فجازت الهبة في سهم من العبد وهو السدس وبطلت في خمسة أسداسه، فإذا اختار الموهوب له الفداء، فإنه يفديه بسدس الدية فحصل في يد الورثة ثمانية وثلاثة وثلث والزيادة على حقهم وذلك ثلاثة وثلث وهو السهم الدائر فيطرح ذلك من أصل حقهم وهو خمسة يبقى للورثة ثلثا سهم وللموهوب له سهم فصار كله سهمين وثلثي سهم انكسر بالثلث فاضرب سهمين وثلثين في ثلثين في ثلاثة فيصير ثمانية فصار العبد على ثمانية وصار للموهوب لهُ ثلاثة وللورثة خمسة فعلم أن الهبة جازت في ثلاثة أثمان العبد ويطلب في خمسة أثمانه فيرد ذلك نقضًا للهبة ويهدر جناية ذلك ويفدي ثلاثة أثمانه بثلاثة أثمان الدية فيصير في يد الورثة ثلاثة أثمان الدية وخمسة أثمان العبد يعطى الموصى له بالثلث من ذلك مثل ما أعطينا للموهوب له وهو ثلاثة أثمان الثلث؛ لأن الباقي إلى تمام الثلث ثلاثة أثمانه، فاجعل كل ألف من قيمة العبد على ثمانية فصارت قيمته أربعة وعشرين سهما والدية

ثمانون سهما وقد جازت الهبة في ثلاثة أثمان العبد وذلك تسعة من أربعة وعشرين كل ثمن ثلاثة وبطلت في خمسة أثمانه وذلك خمسة عشر فيرد من العبد خمسة عشر نقضًا للهبة، ثم يفدي ثلاثة أثمان العبد بثلاثة أثمان الدية، وذلك ثلاثون سهما كل ثمن عشرة وكان في ثلث الورثة خمسة أثمان العبد وهي خمسةَ عشر، فيكون جميع ذلك خمسة وأربعين فيعطى الموصى له بالثلث من ذلك مثل ما أعطينا للموهوب وذلك تسعة فيصير ثمانية عَشرَ يبقى للورثة ستة وثلاثون فاستقام الثلث والثلثان، وكذلك إن كانت قيمته أكثر إلى عشرة آلاف.

(باب ما لو أعتق الموهوب له العبد الموهوب أو وهبه ثم قتل الواهب ثم عفا أحد ولييه)

(المبسوط): ولو وهب في مرضه عبدًا من صحيح فأعتقه، ثم قتل المعتق الواهب عمدًا وله وليان فعفا أحدهما لم يضمن الموهوب له شيئًا ويضمن المعتق نصف الدية، والمسألة محمولة على ما إذا كانت قيمة العبد ألفين وخمسمائة أو أقل ليخرج من الثلث متى جوزنا الهبة في جميعه، ويقسم الوليان نصف الدية يضرب فيه العافي بنصف قيمة العبد والآخر بنصف الدية وبنصف قيمة العبد؛ لأن الساكت لم يبطل حقه عن الجناية ولا عن العبد الموهوب، والعافي أبطل حقه عن الجناية ولم يبطل حقه عن العبد فيضرب كل واحد بما هو حقه، والجناية صدرت من الحرّ لا من العبد فلم يلزم الموهوب له شيء من الجناية ولا بفساد الهبة؛ لأن العبد خرج من ثلث مال الميت، ولو قتله خطأ سلّم نصف الدية للساكت ولا شيء على الموهوب له؛ لأن الدية وجبت لهما بالقتل؛ لأن القاتل كان حرًا وحق العافي قد سقط بالعفو وهو نصف الدية. بقي نصف الدية للساكت بخلاف ما لو كان القتل عمدًا، فإن العافي يشارك الساكت في نصف الدية وهنا لا يشاركه؛ لأن في الخطإ العافي بالعفو أبرأ القاتل عن نصف الدية فصار كأنه قبض نصف الدية واستهلكها بعد القبض فلا يبقى له في نصيب الآخر شركة وفي العمد لم يصر العافي قابضًا للدية؛ لأنه أسقط القصاص وأنه ليس بمال فلم يجعل بالعفو قابضًا لشيء

من المال حكما وقد عفا عن الجناية لا عن العبد فيضرب العافي في نصف الدية بنصف قيمة العبد.

ولو قتل الواهب عمدًا ثمَّ أعتقه الموهوب لَهُ فعفا أحدهما سعى العبد في نصف قيمته ويؤخذ من الموهوب له نصف قيمته يقسم ذلك الوليان يضرب السَّاكت بقيمته والعافي بنصف قيمته؛ لأن مال الميت قيمة ونصف قيمة وجبت بسبب فساد الهبة ونصف قيمة بسبب الجناية، فإن نصيب أحدهما بالعفو سقط ولم يبطل نصيب الآخر، ووجب نصف قيمة على العبد بالجناية؛ لأن القتل كان في حالة الرق والقتل الصّادر من الرقيق يوجب القيمة دون الدية ويجب على العبد؛ لأن العفو وجد وهو حرٌّ؛ لأن القتل العمد انقلب موجبًا للدية بعْدَ العفو والعفو وجد وهو حرٌّ فلا اعتبار حالة القتل أوجب القيمة ولاعتبار حالة العفو أوجب على العبد وقيمة على الموهوب لهُ بسبب فساد الهبة فصار مال الميت قيمة ونصف قيمة فيكون للموهوب له ثلث ذلك، وذلك نصف قيمة بقي للمقتول قيمة كاملة نصفه على العبد ونصفه على الموهوب له ثم العافي يضرب بنصف قيمة العبد والساكت يضرب قيمة كاملة فتكون القيمة بينهما أثلاثًا.

ولو كان قتله خطأ فأعتقه الموهوب له وهو لا يعلم ثمَّ عَفَا أحدهمَا كانت تركة المقتول قيمة العبد وقيمة أخرى في رقبته بالجناية فللموهوب له ثلث ذلك يبقى عليه قيمة وثلث سقط بعفو أحدهما حصته وهي نصف قيمة بقي على الموهوب نصف قيمة للساكت وثلث قيمة بينهما نصفان؛ لأن مال الميت قيمتان قيمة على الموهوب له بسبب فساد الهبة واستهلاكه العبد بالعتق وقيمة بسبب الجناية على الواهب؛ لأن القتل والعفو وجدا في حالة الرق فيكون للموهوب له ثلث ذلك وذلك ثلثا قيمة وبقي عليه قيمة وثلث قيمة إلا أن أحدهما لما عفا فقد أبرأه عن نصف القيمة فبقي عليه نصف قيمة للساكت وثلث قيمة بينهما نصفان.

ولو قتله عمدًا فعفا أحدهما ثم أعتقه الموهوب له وهو لا يعلم ضمن الموهوب له قيمة بين الوليين أثلاثًا ثلثاها للساكت؛ لأن مال الميت قيمة ونصف

قيمة بسبب فساد الهبة وقد عجز عن ردّ العبد بالإعتاق ونصف قيمة بسبب الجناية؛ لأن العفو جد والعبد رقيق فكأنه جنى في هذه الحالة فيكون للموهوب له ثلث ذلك وهو نصف قيمة يبقى قيمة يقسم بين الوليين أثلاثًا ثلثاها للساكت؛ لأنه يضرب بقيمة كاملة والعافي يضرب بنصف قيمة، ولو كان الموهوب له دبّر العبد ثم إن العبد قتل الواهب عمدًا ثم عفا أحد الوليين فهذا بمنزلة ما لو أعتقه؛ لأنه في الحالين تركة المقتول قيمة ونصف قيمة بسبب فساد الهبة ونصف قيمة بسبب الجناية، ولو كاتبه ثم قتل العبد الواهب عمدًا وعفا أحدهما يسعى المكاتب في نصف قيمته وعلى الموهوب له نصف قيمة يقسم جميع ذلك بينهما أثلاثًا؛ لأن مال الميت قيمة ونصف قيمة وجبت بسبب فساد الهبة ونصف قيمة وجب على المكاتب بالجناية فيكون للموهوب له ثلث ذلك وهو نصف قيمة بقي للورثة قيمة كاملة نصفها على المكاتب بالجناية ونصفها على مولاه، ولو قتله المكاتب خطأ سعى المكاتب في نصف قيمته للساكت خاصّة وعلى الموهوب له ثلث قيمته بينهما نصفان؛ لأن مال المقتول قيمتان قيمة على الموهوب له بسبب فساد الهبة وقيمة وجبت على المكاتب بالجناية، فيكون للموهوب له ثلث ذلك وذلك ثلثا قيمة واحدة يبقى عليه ثلث قيمة، وعلى المكاتب قيمة إلا أن أحدهما لما عفا فقد أبرأ المكاتب عن نصف القيمة فبقي عليه نصف قيمة فيكون للساكت خاصةً؛ لأن العافي بالعفو قد استوفى نصيبه.

ولو وهبه الموهوب له من رجل ثم قتل العبد الواهب الأول خطأ واختار الآخر دفعه يسلم لورثة الواهب ويضمن الموهوب له ثلث قيمته؛ لأنه لم يجب رد شيء منه بنقض الهبة؛ لأن الهبة من الموهوب لهُ الأول مانعة من نقض الهبة فيجبُ على الموهوب له الثاني دفع كله بالجناية فيكون مال الميت عبد وقيمته التي وجبت على الموهوب لَهُ الأول؛ لأنه عجز عن رَده بالهبة فيكون للموهوب له الأول ثلث ذلك وهو ثلثي قيمة واحدة بقي عليه ثلث قيمة، وإن فداه فداه بالدية فلا شيء على الموهوب لهُ إن كانت قيمته خمسة آلاف أو أقل؛ لأن مال عبد قيمته خمسة آلاف والدية فيكون خمسَة عشر ألفا والعبد يخرج من ثلث ماله، وإن كانت قيمته أكثر من

خمسة آلاف أضفتها إلى الدية ثم جعلت للموهوب له الثلث من جميع ذلك ويرد الفضل على الورثة؛ لأن العبد لا يخرج من ثلث ماله فيكون للموهوب له ثلث جميع ماله ويرد الفضل فيقسم بينهما نصفين؛ لأنه لم يعف واحد منهما عن شيء، فإن عفا أحدهُمَا دفع نصفه إلى الذي لم يعفُ وعلى الموهوب له ثلث قيمته بينهما نصفان؛ لأن مال الميت قيمتان قيمة بسبب الجناية وقيمة بسبب فساد الهبة على الموهوب له الأول فيكون له ثلث ذلك، وذلك ثلثا قيمته ويرد ثلث قيمته والموهوب له الثاني يدفع نصف العبد إلى الساكت؛ لأن الآخر لما عفا فكأنَّهُ قبض نصف العبد وأتلفه فيكون النصف الآخر للسَّاكت خاصَّة.

وإن فداهُ بنصف الدية وجازت الهبة في جميعه إذا كانت قيمته مثل ثلث الدية أو أقل ويقسم الوليان نصف الدية ونصف القيمة الذي أتلفه العافي بالعفو يضرب في ذلك العافي بنصف قيمة رقبة العبد ونصف القيمة من قبل الدية ويضرب الساكت بنصف الدية وبنصف القيمة التي كانت على الموهوب له فما أصاب العافي يحسب عليه ما أتلف وأخذ الفضل؛ لأن مال المقتول نصف الدية خمسة آلاف والقيمة التي وجبت على الموهوب له وذلك ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلثًا، ونصف القيمة التي عفا عنه العافي وذلك ألفٌ وستمائة وستة وستون وثلثان؛ لأنه بالعفو كأنه قبض ذلك وأتلفه فيكون جملة ذلك عشرة آلاف والعبد يخرج من ثلث ماله فجازت الهبة في جميع العبد ثمَّ الباقي يقسم كما [ذكرنا](١).

وإن كانت قيمته أكثر من ثلث الدية وأقل من [الدية](٢) ضممت نصف الدية ونصف القيمة إلى جميع القيمة التي على الموهوب له فأجزت له الثلث من جميع ذلك وردّ الفضل فضممته إلى نصف الدية وإلى نصف القيمة التي أتلفها العافي فاقتسماه على ما ذكرنا؛ لأن مال المقتول أحد عشر ألفًا نصف الدية خمسة آلاف وقيمته وجبت على الموهوب له الأول وذلك أربعة آلاف ونصف قيمة ما أتلفه العافي وذلك ألفان، فيكون جملة ذلك أحد عشر ألفًا وأربعة آلاف لا تخرج من

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): وصفنا.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): القيمة.

ثلث ماله فيكون له ثلث مال المقتول وذلك ثلاثة آلاف وستمائة وستة وستون وثلثان ويرد الفضل من قيمة العبد وذلك ثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلثًا يضم إلى نصف الدية فيقسم بين الاثنين على ما ذكرنا.

وإن كانت قيمته عشرة آلاف سلم نصف الدية للذي لم يعف وعلى الموهوب له ثلث القيمة بينهما نصفان؛ لأن مال المقتول عشرون ألفًا قيمة العبد على الموهوب له وهي عشرة آلاف والدية عشرة آلاف فيكون للموهوب له ثلث ذلك وذلك ثلثي قيمة العبد ويرد ثلث قيمته فيكون بين الاثنين نصفين ونصف الدية للساكت خاصَّة؛ لأن العافي بالعفو كأنه قبض نصف الدية وأتلفه لما كانت قيمة العبد مثل الدية، فإن كانت قيمته أكثر من الدية، فإن كانت عشرين ألفًا وقد عفا أحدهما وفدى من الآخر ضممت جميع الدية إلى جميع القيمة فجازت للموهوب له ثلث ذلك وأدى الفضل فاقتسماه نصفين وكان نصف الدية للساكت خاصَّة؛ لأن تركة المقتول ثلاثون ألفا الدية عشرة آلاف وقيمة العبد عشرون ألفا، فيكون للموهوب له ثلث ذلك وهو عشرة آلاف كلهَا في العبد، وهي نصف العبد فيغرم نصف قيمة العبد فيكون بين الاثنين نصفين وللساكت نصف الدية خاصة؛ لأن الآخر لما عفا عن الجناية وقيمة العبد أكثر من الدية انصرف العفو إلى الدية؛ لأنه أقل المالين فكأنه قبض نصف الدية وأتلف فيحسب عليه وما بقي يكون للساكت خاصَّة، وإذا وهب في مرضه عبدًا ثم قتل العبد الواهب عمدًا فعفا عنه الوليان رد ثلثي العبد وسلّم له ثلثه؛ لأنه إذا صحّ العفو ظهر العبد عن الجناية وصار كأنه لم يقتل الواهب، ولو لم يقتل الواهب كان للموهوب له ثلث العبد والثلثان للورثة فكذا هذا.

ولو عفا أحدهما بعدمَا عفا صاحبه واختار الدفع دفع إليهمَا ثلاثة أخماس العبد يصرف فيها العافي الأول بنصف قيمة العبد والعافي الثاني بثلاثة أخماس ونصف خمس قيمته ويحسب بالخمس الذي أتلفه بالعفو، وتخريجه أن يجعل العبد على ستة لحاجتك إلى حساب له ثلث ولثلثه نصف وأقل ذلك ستة فجازت الهبة في سهمين وبطلت في أربعة، ثم الموهوب له يدفع أحد سهميه إلى العافي الأول بالجناية فيصير في يد الورثة خمسة ويوجب أن يكون في أيديهم أربعة فالسَّهم

الخامس هو الدائر فاطرحه من نصيب الورثة في الأصل يبقى لهم ثلاثة وبقي حق الموهوب له في سهمين فصار العبد في الآخرة على خمسة ثلثه أسهم للورثة وسهمان للموهوب له، ثم الموهوب له يدفع أحد سهميه بالجناية، فإذا عفا عنه الابن الآخر فالخمس الذي كان يدفعه بالجناية يسلم لَهُ فيكون المال للموهوب له خمسًا العبد ثم تقسم هذه السهام بينهما على اثني عشر سهما خمسة للعافي الأول وسبعَة للعافي الأخير؛ لأن العافي الأول يضرب بنصف قيمة العبد لأجل الهبة لا غير والعافي الأخير يضرب بنصف قيمة العبد لأجل الهبة وبخمس العبد لأجل الجناية فاجعل كل نصف قيمة على خمسة أسهم فتصير القيمة الكاملة عشرة أسهم وخمس القيمة سهمان، وكانت الثلاثة الأخماس مقسومة بينهما على اثني عشر فما أصاب سبعة أسهم فللعافي الأخير وما أصاب خمسة فللعافي الأول؛ لأن ما أصاب الأخير من خمس العبد يحسب عليه؛ لأنه أتلف ذلك ويأخذ نصف الثلاثة الأخماس، ففي الحاصل الثلاثة الأخماس المدفوعة بسبب نقض الهبة تكون مقسومة بينهما نصفين.

ولو أعتقه الموهوب له ثم عفيا معًا ضمن الموهوب له ثلثي قيمته؛ لأنه لما صح العفو منهما فكان العبد لم يقتل الواهب فتجوز الهبة في ثلث العبد وتبطل في ثلثيه.

ولو عفيا متعاقبًا ضمن الموهوب له نصف قيمة العبد وعلى العبد المعتق نصف قيمته؛ لأن تركة المقتول ونصف قيمة وجبت على الموهوب له بالإعتاق ونصف قيمة وجب على العبد بالجناية؛ لأن أحدهما لما عفا عن القصاص فالعبد حرٌّ فينقلب نصيب الساكت مالًا فيكون للموهوب له ثلث ذلك وذلك نصف قيمة وبقي عليه نصف قيمة لأجل العتق ونصف قيمة على العبد بحكم الجناية إلا أن الآخر لما عفا فقد أبرأ العبد عن نصف القيمة ثم النصف المأخوذ له من الموهوب له والنصف المعفو عنه يقسم بينهما فيضرب العافي الأخير بقيمة كاملة ويضرب العافي الأول بنصف القيمة؛ لأن الآخر عفا نصيبه فيجعل ما عفا كأنه قبضه ثم أتلفه فيجعل كالقائم حكما.

ولو كان قائمًا حقيقة كان الحكم كذلك فكذا إذا كان قائما حكما فيكون نصف القيمة بينهما أثلاثًا ثلثاه للعافي آخرًا وثلثه للعافي أولًا إلا أن ما أصاب نصف القيمة يحسب على العافي آخرًا؛ لأنه قبض ذلك وأتلفه بقي حقه في سدس القيمة فيأخذ سدس القيمة من النصف المأخوذ من الموهوب له ويبقى ثلثا نصف القيمة وهو ثلث الكل للعافي أولا.

ولو أعتقه الموهوب له ثم قتل الواهب عمدًا فعفا أحدهما وقيمته مثل ربع الدية أو أقل سلمت الهبة له ويضمن المعتق نصف الدية يضرب فيه العافي بنصف قيمته والساكت بنصف الدية وبنصف القيمة؛ لأن مال المقتول قيمة العبد ونصف الدية فيخرج العبد من ثلث ماله فتجوز الهبة في جميع العبد ويضمن المعتق نصف الدية؛ لأن العبد قتل وهو حرٌّ فيقتسمان خمسة آلاف على سبعة أسهم ستة للساكت وسهم للعافي؛ لأن حق الساكت في نصف القيمة وذلك ألف درهم، وفي نصف الدية وهو خمسة آلاف فيكون ستة آلاف وحق العافي في نصف القيمة وذلك ألف فاجعل كل ألف سهمًا فصَار حق الساكت في ستة وحق العافي سهم، ولو عفا أحدهما بَعدَ صاحبه فلا سبيل على الموهوب له، ويضمن العبد للعافي الأول حصته ثمن الخمسة آلاف التي كانت يقسمانها لو لم يعف الثاني ولا يضمن لك للعافي الثاني؛ لأنه كان للعافي آخرًا على العبد نصف الدية، فإذا عفا فقد أبرأ العبد عن نصف الدية والعافي الأول لم يؤخذ منه عفو عن حصته من خمسة آلاف؛ لأنه عفا عن القصاص لا عن المال فيضمن العبد للعافي أولا حصته من خمسة آلاف وذلك سبع خمسة آلاف ولا يضمن العافي آخرًا للأول حصته من خمسة آلاف؛ لأن منفعة ذلك راجعة إلى العبد لا إلى أخيه، فإنه لم يقبض منه شيئًا.

(باب إعتاق المولى العبدَ الجاني بعد عفو المجني عليه)

(المبسوط): أصله أن المجروح متى عفا الجارح يعتبر العفو من ثلث المال متى مات من تلك الجراحة سواء عفا في الصحة بأن كان يجيء ويذهب في حوائجه أو في المرض بأن كان صاحب فراش؛ لأن أثر القتل يستند إلى وقت

الجراحة؛ لأن للقتل بفعل يتّسم بسمة كونه مزهقا للروح من وقت الجراحة، ولهذا لو كفر بعد الجرح قبل الموت جاز؛ لأنه كفر بعد القتل معنى باعتبار أن أثره يستند إلى وقت الجرح، وكذلك الوارث إذا عفا الجارح عن الجراحة ثمَّ مات من تلك الجراحة صح العفو بخلاف ما لو وهب مالًا وهو صحيح ثم مات من تلك الجراحة، فإنه يصح من جميع المال؛ لأن أثر القتل إنما يستند إلى وقت الجراحة ووجوب الكفارة من الأحكام المختصّة بالقتل فيظهر الاستناد في حقه فصار كأنه عفا بعد الموت والهبة ليست من الأحكام المختصة بالقتل فلا يظهر الاستناد في حقه، ولهذا لو وهب الوارث مالًا لمورثه المجروح ثم مات من تلك الجراحة لم تصح، وإذا عفا عن الدية ثمَّ مات يصح. عبد لرجل جرح رجلًا خطأ فعفا عنه وقيمته عشرة آلاف درهم ولا مال له غيره فأعتقه مولاه عالما بالجناية ضمن ثلثي الدية، وإن لم يعلم ضمن ثلثي قيمته إلا ثنتي عشرة درهمًا؛ لأنه متى علم بالجناية صار مختارا للدية فظهر أن مال الميت الدية وقد ينزع بجميع ذلك في مرض موته فيصح بقدر الثلث فيبرأ عن ثلث الدية ويغرم ثلثيها، وإن لم يعلم بالجناية صار مستهلكا للعبد لا مختارًا للدية؛ لأن قول المجني عليه يتعلق بعين العبد لحما ودما لأن ماليته وقيمة عينه لحما ودما عشرة آلاف إلا عشرة، ولهذا لو كان المقتول عبدًا يغرم الجاني ذلك القدر فكذا إذا كان الجاني هو العبد فيصح عفوه بقدر الثلث، ويغرم ثلثي قيمته إلا ثلثي عشرة دراهم، ولو كانت قيمة العبد ألفا فأعتقه وهو يعلم بالجناية ضمن سدس الدية والأصل في تخريج هذه المسائل أنه إذا كانت قيمة العبد أقل من الدية أو مثل الدية فاختار الفداء فخذ قيمة العبد وضعفها وزد ذلك فهو قيمتان على الدية، ثم انظر كم هذه الزيادة من الجملة، فإن كان سدس الجملة فدى سدسه بسدس الدية، وإن كان ثلث الدية الجملة فدى ثلثه بثلث الدية وهكذا يجري؛ لأنه لو كان للمقتول ضعف قيمة العبد وذلك ألفان لكان يجوز العفو عن جميع العبد ويبرأ المولى عن الدية، فقد ظهر أن حق ورثة المقتول في ضعف قيمة العبد وحق مولى العبد في قدر الدية وذلك عشرة آلاف فيضرب كل واحد منهما بحقه في العبد الجاني فيضرب الورثة بضعف القيمة والمولى بقدر الدية، وهاهنا إذا

كانت قيمة العبد ألفًا فأضعف قيمته ألفين وردهما على الدية فصار اثني عشر ألفا حق المولى في عشرة آلاف وحق الورثة في العين فاجعل العبد على اثني عشر سهما فاضرب الورثة بسهمين في العبد والمولى بعشرة أسهم وعشرة أسهم من اثني عشر خمسة أسداس العبد فظهر أن العفو صح في خمسة أسداسه وبطل في سدسه فضمن في سدس الدية؛ لأنه بالإعتاق صار مختارًا للدية.

وإن اختار الدفع دفع ثلثي العبد في الأحوال كلها لما بينا، فإن أعتقه وهو لا يعلم ضمن ثلثي قيمته؛ لأنه لم يصر مختارًا للفداء بل صار مستهلكا للعبد فلزمه قيمته وكان جميع ماله قيمة العبد فيكون ثلثه له بالعفو ويلزمه رد ثلثها إلى الورثة.

وإن كان قيمة العبد أكثر من الدية فاختار الفداء فداه بثلثي الدية؛ لأن الوصيّة بالعفو تنصرف إلى الدية متى كانت قيمة العبد أكثر من الدية لأنها أقل المالين؛ لأن موجب جناية العبد خطأ.

أما الدفع أو الفداء أو الخيار إلى المولى والأقل منهما متعين فيعتبر حق المجني عليه في الأقل حتى يختار مولى الجاني، وإذا كان الموصى به الدية فمتى اختار الفداء لا يزداد مال الموصي بل يكون ثلث الدية وصيَّة للموصى له وثلثاها للورثة.

وإن اختار الدفع فأصله أن ينظر إلى الدية ويزيد عليها مثلها ثم يزيد الكل على القيمة وينظر كم القيمة من الجملة فيسلم له ذلك من العبد ويدفع البقية، فعلى هذا إذا كانت قيمته عشرين ألفا ردت على الدية مثلها وضممت ذلك إلى القيمة فصار أربعين ألفا والقيمة نصف ذلك فيسلم له نصف العبد ويدفع نصفه وقيمته عشرة آلاف ويبقى له النصف وفيه من الدية خمسة آلاف فاستقام الثلث والثلثان؛ لأنه متى كانت قيمة العبد أكثر من الدية فالوصية انصرفت إلى الدية لأنها هي الواجبة وحق المولى في قيمة العبد؛ لأنه لو كان للميت عشرون ألفا ضعف الدية يصح العفو بجميع الدية وبرئ المولى عن الدفع فيحصل للمولى العبد ويكون للمولى الدية المضاعفة، فلهذا اعتبر بأحق الورثة في الدية المضاعفة وحق الموصى له في القيمة بخلاف ما لو كانت قيمة العبد أقل من الدية؛ لأن الوصية انصرفت إلى العبد؛ لأن حق الورثة متعلق بعين العبد، فمتى كان للميت ضعف قيمة العبد جازت الوصيّة

للعبد كله ويبرأ المولى عن الدية فكان حق الورثة في ضعف القيمة وحق المولى في قدر الدية، ولو كانت قيمة العبد خمسة عشر ألفا إن دفع يدفع أربعة أسباع العبد بأربعة أسباع الدية، فإن فدى يفدي بثلثي الدية ويسلم له العبد، وتخريجه أن يضعف الدية فتصير عشرين ألفا ويزيدها على قيمة العبد فيصير خمسة وثلاثين ألفًا ثم يجعل الدية خمسة وثلاثين سهما فيضرب الموصى له فيها بقيمة العبد خمسة عشر ويضرب الورثة فيها بالدية المضاعفة عشرين ألفا فيجوز العفو في خمسة عشر سهما من خمسة وثلاثين وذلك ثلاثة أسباعه كل سبع منه خمسة وعلى هذا يجري، ولو كان للميت عشرة آلاف درهم أخرى وقيمته عشرون ألفا فاختار الدفع يدفع ربع العبد ويسلم له ثلاثة أرباعه، وتخريجه أن يضعف الدية فتصير عشرين ألفا فيزيدها على القيمة فتصير أربعين، ويجعل أجزاء الدية على أربعين يضرب الموصى له فيها بدية مضاعفة عشرين ويضرب الورثة بقيمة العبد عشرين فتكون الدية بينهما نصفين لو لم يترك المقتول شيئا، فإذا ترك عشرة آلاف فاطرح من ضعف الدية العشرة آلاف المتروكة؛ لأنه وقع الاستغناء للورثة عن عشرة آلاف يبقى لهم عشرة آلاف من أربعين ألفا وهي ربع الدية فبطل العفو في الربع وصح في ثلاثة أرباع الدية فيدفع ربع العبد من الدية وقيمة ربع العبد خمسة آلاف وعبد الورثة عشرة آلاف فصار لهم خمسة عَشر وسلم للموصى له ثلاثة أرباع العبد وفيها من الدية سبعة آلاف وخمسمائة وذلك نصف ما سلم للورثة، وإن اختار الفداء يؤدي ثلث الدية؛ لأن مال الميت عشرون ألفا الدية عشرة آلاف متروكة فيكون للموصى له ثلث ذلك وهو ستة آلاف وستمائة وستة وستون وثلثان وذلك ثلثا الدية ويرد ثلثها، وإن كان قيمة العبد ألفا وترك الميت ألفا أخرى إن دفع يدفع ثلث العبد ويمسك ثلثاه؛ لأن مال الميت ألفان فيكون ثلث الألفين للموصى له من العبد وذلك ثلثا العبد فصحَّ العفو في ثلثيه، وإن فدى فدى نصف سدس العبد بنصف سدس الدية، وقد خرجنا هذه المسألة في كتاب العتق في المرض.

ولو كان على الميت دين فالأصل فيه أن يضعف الدية ثم يزيد الدين عليه، ثم انظر كم الجملة من جملة القيمة وضعف الدية فيبطل العفو بقدر ذلك ويدفعه من

العبد وسلم له الباقي وصورته: لو كان على الميت دين عشرة آلاف وقيمة العبد عشرون ألفا يبطل العفو في ثلاثة أرباع العبد ويصح في ربعه، وتخريجه: أن يضعف الدية عشرين ويزيد عليها الدين وصار ثلثين ثم القيمة والدية المضاعفة مجموعها أربعين فثلاثون ثلاثة أرباع أربعين فصح العفو في ربعه فبطل في ثلاثة أرباعه، ثم يضرب الورثة في القيمة والدية المضاعفة وهي أربعون بضعف الدية عشرون والموصى له بالقيمة عشرون فتكون الدية بينهما نصفين، ثم يصرف عشرة آلاف دين من نصيب الموصى له إلى الورثة حتى يبقى للورثة ثلثي ما ترك الميت بعد الدين فصار نصيب الورثة ثلاثين وبقي نصيب الموصى له عشرة وعشرة من أربعين قدر ربعه فصح العفو في ربعه، وإن كانت قيمة العبد أقل من عشرة آلاف والدين أقل من قيمة العبد واختار الدفع فالأصل فيه أن يطرح الدين من قيمة العبد؛ لأن الدين مقدم على الوصيّة ثم أعط للموصى له ثلث ما بقي من قيمة العبد فيمسك ذا القدر من العبد ويدفع الباقي فيقضون من ذلك الدين ويبقى للورثة ثلثا ما ترك الميت بعد الدين.

وبيانه: لو كانت قيمة العبد خمسة آلاف والدين ألف فأضعف عشرة آلاف فصار مع الدية عشرين ألفًا ثم خُذ الدين مع ضعف القيمة فصار أحد عشر ألفًا وهو أحد عشر جزءًا من أحد وعشرين جزءًا من تلك الجملة فيكون للورثة أحد عشرَ وللموصى له تسعة فقد جاز العفو في تسعة أجزاء من عشرين جزءًا من العبد وبطل في الباقي فيفدي بأحد عشر جزءًا من العبد بمثله وذلك اثنان وعشرون فحصل للورثة اثنان وعشرون يقضون من ذلك ألف درهم دين الميت وذلك أربعة أجزاء، لأنا جعلنا العبد وقيمته على عشرين جزءًا فيكون كل ألف أربعة أجزاء يبقى للورثة بعد الدين ثمانية عشرَ جزءًا، وقد نفذنا الوصيّة في نصف ذلك للموصى له تسعة أسهم فاستقام الثلث والثلثان.

(باب العفو عن الجناية في المرض)

(المبسوط): وإذا خرج عبد قيمته ألف درهم رجلًا خطأ فعفا عنه في مرضه ومات اختار مولاه الدفع ولا مال للعافي دفع ثلثيه وجاز العفو في ثلثه؛ لأنه بالعفو

تبرع بعبد قيمته ألف درهم وذلك جميع ماله فصح تبرعه بقدر الثلث، وكذلك لو كانت قيمته عشرة آلاف واختار الدفع دفع ثلثيه؛ لأن حق ولي الجناية متعلق بالعبد لا بالقيمة.

ولو اختار الفداء وقيمته ألف فدى سدسه بسدس الدية، وجاز العفو في خمسة أسداس الدية؛ لأن ماله العبد لا غير فلا يصح العفو حينئذ عن جميع العبد؛ لأنه متى صح العفو عن جميعه لا يصح اختيار الفداء في الابتداء؛ لأنه يكون المولى مبرئا عن الدية، وإذا لم يصح الفداء ظهر أن ماله العبد لا غير فيبطل العفو في الانتهاء وكان في تصحيح العفو عن كله في الابتداء إبطاله في الانتهاء فلم يصح إلا في النقض، وتخريجه أن يضعف قيمة العبد ويزيدهما على الدية فيصير اثني عشر ألفًا حق مولى العبد في عشرة آلاف وحق ولي القتيل في ألفين؛ لأنه لو كان للعافي ألفان سوى العبد كان يصح العفو عن جميع العبد ويبرأ مولى العبد عن الدية، فإذا كان كذلك فقد ظهر أن حق الوارث في ألفين وحق المولى في عشرة آلاف فاجعل العبد على اثني عشر سهما فاضرب ولي القتيل بسهمين في العبد والمولى بعشرة أسهم فيكون للمولى خمسة أسداس العبد فظهر أن العفو صح في خمسة أسداسه وبطل في سدسه، وإذا اختار الفداء يفدي سدس العبد بسدس الدية لأنه برئ المولى بالعفو عن خمسة أسداس الدية وبقي عليه سدسها وسدس الدية ألف وستمائة وستة وستون وثلثا، وقد نفذ بالوصية في خمسة أسداس العبد وذلك ثمانمائة وثلاثة وثلاثون وثلثا وذلك نصف لولي القتيل، ولو كانت قيمته ألفين فدى سبعته بسبع الدية، وتخريجه: أن يأخذ الدية وهي عشرة آلاف ويأخذ القيمة وهي ألفان فصار اثني عشر ثم يزيد على القيمة في أربعة آلاف فاجعل كل ألف سهما فصار أربعة عشر سهما، ثم اجعل العبد على أربعة عشر سهما كل سبع سهمان فيكون أربعة، لولي القتيل سبعان وخمسة أسباع للمولى فصح العفو في خمسة أسباع ولم يصح في سبعه.

ولو كان على المقتول دين ألف درهم وقيمة العبد ألف وفدى ربعه بربع الدية.

وتخريجه: أنه لولا الدين لكان العبد يجعل على اثني عشر، سهمان لولي القتيل

وعشرة لمولى العبد، وإذا كان على المقتول دين فلا بد أن يحول ألفًا مما كان للمولى إلى ورثة القتيل حتى يبقى للورثة ضعف ما نفذنا الوصيَّة فيه بعد الدين فصار لورثة القتيل ثلاثة آلاف وبقي لمولى العبد تسعة آلاف فاجعل العبد على اثني عشرَ سهما حق الورثة ثلاثة من اثني عشرَ وحق المولى تسعة فعلم أنه صح العفو في ثلاثة أرباعه وبطل في ربعه فيفدي ربعه بربع الدية.

ولو لم يكن عليه دين وكان له ألف درهم أخرى فدى نصف سدس العبد بنصف سدس الدية، وتخريجه: أن يأخذ الدية عشرة آلاف ويزيد عليها قيمة العبد ومثلها وذلك ألفان فيصير اثني عشر ألفا، كل ألف سهم فاجعل العبد على اثني عشر سهما فيضرب مولى القاتل بعشرة أسهم وورثة القتيل بسهمين، فإذا ترك ألفا موضوعة تحول سهمًا من نصيب الورثة إلى نصيب مولى القاتل؛ لأن كل سهم قائم مقام ألف فصار نصيب مولى القاتل أحد عشر ونصيب الورثة سهم وأحد عشر من اثني عشر خمسة أسداسه ونصف سدسه فصح العفو في ذلك وبطل في نصف سدس فيفدي بنصف سدس العبد.

(فصل)

ولو وهب في مرضه عبدًا قيمته ألف درهم ثم قتل العبد الواهب خطأ فعفا عنه قبل موته واختار الموهوب له الدفع وكان له الخمس ودفع أربعة أخماسه، وإن اختار الفداء فدى ثلثه بثلث الدية وسلم له العبد والوجه فيه أن موجب قتل الخطإ المال وإذا عفا المجني عليه فقد تبرع بما هو مال في مرض موته فيعتبر من الثلث سواء كان العفو في الصحة أو في المرض على ما بينا فلم يصح العفو إلا بقدر الثلث فبقي العبد مشغولا ببعض الجناية فيخير مولى العبد بين الدفع والفداء فيجعل العبد على ثلاثة فتجوز الوصية بالعفو في سهم ويبطل في سهمين إلا أن الموهوب له استفاد عبدين من جهة الواهب معنًى واعتبارا عبد بالهبة وعبد بالعفو؛ لأن العبد بعد الهبة بالخيار صار كالمملوك للواهب؛ لأنه يجب على المولى دفعه إلى الواهب ثم صار للموهوب له بالعفو وكان للموهوب له سهمان معنى واعتبارًا يجب أن يكون للورثة ضعف ذلك وهو أربعة أسهم فصار العبد على خمسة أربعة

أخماسه للورثة وخمسه للموهوب له إلا أن خمسه خمسان معنى واعتبارًا فقد نفذنا الوصيّة في خُمسين معنى واعتبارًا فأعطينا للورثة أربعة أخماسه.

وإن اختار الفداء تجوز الهبة في جميع العبد والعفو يجوز في ثلثيه ولا يجوز في ثلثه؛ لأن مال الميت عبدان معنى واعتبارًا فيجعل العبدان اثني عشر سهما كل عبد على ستة؛ لأنه لو كان هبة عفوا لا هبة تجعل العبد على اثني عشر سهما، فإذا كان مع الهبة عفوا حتى صار مال الميت عبدين معنى فيجعل العبدان على اثني عشر فيضرب الموهوب له فيهما بعشرة أسهم قدر الدية ويضرب الورثة بسهمين فحصل للموهوب له عبد كامل وثلثا عبد فقد جازت الهبة في عبد كامل والعفو في ثلثي عبد وبطل العفو في ثلثه فيفدي ثلث العبد بثلث الدية وذلك بثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث وجازت الهبة والعفو في عبد وثلثي عبد قيمة ذلك ألف وستمائة وستة وستون وثلثان وذلك نصف ما جعل للورثة.

وإن كانت قيمته ألفين يدفع أربعة أخماسه، وإن فداه جاز له الهبة في كله وثلاثة أسباعه بالعفو وفداه أربعة أسباعه بأربعة أسباع الدية، وتخريجه: أن يجعل العبد على خمسة أربعة أخماسه للورثة وخمسه للموهوب له إذا اختار الدفع، وإن فداه تجوز الهبة في كل العبد ويجوز العفو في ثلاثة أسباعه؛ لأنه لو لم يكن هنا عفو يجعل العبد على أربعة عشر سهما على ما بينا، وإذا كان مع الهبة عفو فجعل العبد على أربعة عشر سهما على ما بينا، وإذا كان مع الهبة عفو حتى صار عبدًا آخر معنًى فيجعل العبدان على أربعة عشر والموهوب له يضرب فيهما بعشرة أسهم ويضرب الورثة بأربعة وعشرين أربعة عشر عبد وثلاثة أسباع عبد، فعلم أن الهبة جازت في عبد كامل والعفو جاز في ثلاثة أسباع عبد فيفدي أربعة أسباع عبد بأربعة أسباع الدية وذلك خمسة آلاف وسبعمائة وأربعة عشر وسبعي درهم وذلك ضعف ما نفذ بالوصية فيه؛ لأن قيمة العبد ألفان، وقيمة ثلاثة أسباع عبد ثمانمائة وخمسة وخمسون وسبع درهم، ولو كانت قيمته ثلاثة آلاف فدى ثلاثة أرباعه بثلاثة أرباع الدية؛ لأنه يجعل العبد على ستة عشر كل عبد ثمانية فيضربُ الموهوب له قيمتها بعشرة ويضرب الورثة بستة وعشرة من ستة عشر عبد كامل وربع عبد فيجوز العفو

في ربع العبد وبطل في ثلاثة أرباعه فيفدي ثلاثة أرباعه بثلاثة أرباع الدية وذلك سبعة آلاف وخمس مائة وقد نفذنا بالوصية في عبد وربع وذلك ثلاثة آلاف وسبعمائة وخمسون وذلك نصف ما حصل للورثة.

ولو كانت قيمته أربعة آلاف فداه ثمانية أسباعه بثمانية أسباع الدية؛ لأنه يجعل العبد على ثمانية عشر فيضرب الموهوب له بالعشرة ويضرب الورثة بثمانية والعشرة عبد وسبع عبد فقد جاز العفو في تسع عبد وبطل في ثمانية أتساعه ثم باقي العبارة على ما ذكر.

ولو كانت قيمته خمسة آلاف فداه بجميع الدية وسلم له بالهبة؛ لأنه يجعل العبد على عشرين سهما يضرب الموهوب له فيه بالعشرة، وكذلك الورثة والعشرة عبد كامل وبطل العفو في عشرة وهو عبد كامل فيفدى بدية كاملة وحكم الدفع كمل هذا كله ما تقدم، وإذا وهب مريض عبدًا قيمته ألف درهم ثم وهب الموهوب له من آخر ثم قتل العبد الواهب الأول فعفا عنه قبل موته خيِّر الموهوب له الثاني، فإن قال ادفع دفع بثلثيه وأمسك الثلث وضمن الموهوب له الأول ثلثي قيمة العبد لورثة المقتول، وتخريجه: أن مال الميت عبدان معنًى؛ لأنه وهب عبدًا وعفا عن عبد وقد تبرع بكليهما وهو جميع ماله والتبرع ينفذ من الثلث فاجعل ثلث ماله على سهمين لحاجتك إلى النصف؛ لأن ثلث ماله بين الموهوب له الأول وبين الموهوب له الثاني نصفان لاستواء وصيتهما فصار جميع ماله على ستة، وجاز لكل واحد من الموهوب لهما قدر سهم وهو ثلث كل عبد وضمن قيمة ثلثيه للورثة، فإن كان الموهوب له الأول معسرًا دفع الموهوب له الثاني أربعة أخماسه وأمسك الخمس؛ لأنه يطرح من ستة أسهم نصف المعسر؛ لأنه استوفى وصيته مما عليه يبقى خمسة أسهم أربعة للورثة وخمسة للموهوب له الثاني، فإذا أيسر الموهوب له الأول وأدى ثلثي قيمة العبد يرد على الموهوب له الثاني تمام ثلث العبد؛ لأن الوصية إنما نقصت عن ثلث العبد لإعسار الأول، فإذا زال الإعسار عاد حقه في الثلث.

وإن اختار الفداء فدى تسعته وخمسي تسعة بتسعي الدية وخمسي تسعها ويؤخذ من الأول تسعا قيمة العبد وخمسا تسعها وتخريجه أن يأخذ قيمة العبد وبقي ألف ويزيد على الدية فيصير أحد عشر ألفا ثم يزيد على ذلك مثل ما لو كان

للميت جازت الوصيتان من الميت، وذلك أربعة أضعاف قيمة العبد وهي أربعة آلاف أن الميت أوصى بهبة عبد قيمته ألف وعفي عن عبد قيمته ألف وقد تبرع بألف، فيجب أن يكون في يد الورثة مثل ذلك، وذلك أربعة آلاف فيزاد أربعة آلاف على أحد عشر ألفا فيصير خمسة عشر ألفا، فاجعل كل عبد سهمًا فاجعل عبد العفو على خمسة عشر سهما ويضرب المعفو عنه في عبد العفو بأحد عشر ويضرب الورثة بأربعة فجاز العفو في أحد عشر وبطل في أربعة فاضرب خمسة عشر في ثلاثة فيصير العبد خمسة وأربعين جزءًا وكل تسع منه خمسة أسهم فاضرب أجزاء الوصية وذلك أحد عشر في ثلاثة فيصير ثلاثة وثلاثين فجاز العفو في ثلاثة وثلاثين من خمسة وأربعين من العبد وذلك ستة أتساع العبد وثلاثة أخماس تسع العبد وبطل العفو في اثني عشر من العبد وذلك تسع العبد وخمسي تسعه.

(باب المجني عليه يعفو عن الجاني ثم يموت)

(المبسوط): عبد لرجل جرح رجلًا ثم جرح رجلًا فعفا أحدهما عنه ثم مات فانظر إلى نصف العبد واعمل فيه كما عملته في العبد كله؛ لأن مال الميت نصف العبد وقد تبرع بذلك كله فلا يصح إلا بقدر الثلث كما لو كان ماله كل العبد وقد تبرع بالجميع يصح بقدر الثلث فكذا هذا.

وفي الفداء لو كان العبد كاملا وقيمته خمسمائة، فإنه يفدي جزءًا من أحد عشر جزءًا من العبد بجزء من أحد عشر جزءًا من الدية فكذلك في نصف العبد يفدي مثل ذلك. رجل له عبدان جرحا رجلًا فعفا عنهما ثم مات وقيمة كل واحد منهما عشرة آلاف أو أكثر قيل للمولى ادفع ثلثيها أو افدِ ذلك بثلثي الدية قالوا وهذا الجواب إنما يستقيم إذا كانت قيمتهما جميعا عشرة آلافٍ؛ لأن في هذه الحالة الدية والقيمة سواء فيستوي الجواب بين الدفع والفداء، فأما إذا كانت قيمتهما أكثر من عشرة آلاف، فإن فدى يعطى ثلثي الدية؛ لأن القيمة متى كانت أكثر من الدية تعتبر الوصية من الدية لا من القيمة لما بينا فصحت الوصية بقدر ثلث الدية ولم تصح في الثلثين، وإن دفع فإنه يدفع نصف العبدين ويكون نصف الدية وصيَّةً لهُ، كما لو كان

العبد واحدا وقيمته عشرون ألفًا، فإنه يدفع نصف العبد وتخريجه: أن يضعف الدية فتصير عشرين ألفا ويزيدها على القيمة فتصير أربعين ويجعل أجزاء الدية على أربعين يضرب الورثة فيها بدية مضاعفة عشرين والموصى له بالقيمة عشرون فيكون بينهما نصفين فجاز العفو في نصف الدية وتبطل في نصفها فيدفع مكان نصف الدية نصف العبد، فكذا إذا كان الجاني عبدين قيمتهما عشرون ألفا واختار الدفع يدفع نصف العبدين قيمتهما عشرة آلاف وجازت الوصية في نصف الدية خمسة آلاف، وإن كانت قيمة أحدهما عشرة آلاف وقيمة الآخر خمسة آلاف ومات الأكثر قيمة دفع أربعة أخماس الآخر أو فداه بأربعة أخماس نصف الدية.

أما الدفع، فتخريجه أن يضعف الدية وذلك عشرون ألفًا ويزيدها على قيمة الحي فيصير خمسة وعشرين ألفا فاجعل الدية على خمسة وعشرين جزءًا يضرب الموصى له بخمسة والورثة بعشرين فيكون الموصى له خمس خمسة وعشرين وذلك خمسه فجاز العفو في خمس الدية وبطل في أربعة أخماسه فيدفع أربعة أخماس الحي.

وأما الفداء؛ فلأنه لما اختار الفداء فقد ظهر أن مال الميت نصف الدية؛ لأنه وجب على كلّ واحد منهما نصف الدية، فإذا مات أحدهما فقد توى ما عليه فيبقى ماله نصف الدية على الحي وذلك خمسة آلافٍ وقد ينزع بجميع ذلك فينفذ الوصيَّة من الثلث فاجعل ثلث ماله على سهمين لحاجتك إلى النصف فصار الجميع على ستة فاطرح نصيب الميت وذلك سهم؛ لأنه مات مستوفيا لوصيته بقي خمسة أسهم للموصى له وأربعة للورثة فحصل للمولى سهم من العبد الحي وسهم من الميت فأعطينا للورثة أربعة فاستقام الثلث والثلثان.

ولو مات الأقل قيمةً دفع ثلثي المال أو فداه بأربعة أخماس نصف الدية؛ لأنه يجعل ثلث ماله وذلك نصف الدية على سهمين وصار الجميع على ستة فاطرح نصيب الميت يبقى خمسَة خمس للموصى له وأربعة أخماسه للورثة وخمس نصف الدية ألف فقد علم أن العفو جاز في خمس نصف الدية وبطل في أربعة أخماسه.

ولو أن العبدين لرجلين وقيمة أحدهما ألف وقيمة الآخر عشرون ألفًا فعفا عن

قليل القيمة فالعفو جائز ويقال للآخر ادفع عبدك أو افده بنصف الدية؛ لأن المعفو عنه يخرج من ثلث ماله فيصح العفو عن كله فبقي الآخر مشغولا بالدفع أو بنصف الدية.

ولو عفا عن كبير القيمة قيل لمولى الآخر ادفعه أو افده، فإن دفعه خيّر مولى المعفو عنه، فإن اختار الدفع دفع ثلاثة أعشاره، وتخريجه: أن يضعف نصف الدية؛ لأنه عفا عن أحدهما وفي عتق أحدهما نصف الدية فكان الموصى به نصف الدية وفي المسألة المتقدمة عفا عنهما وفي عتقهما جميع الدية، وفي المسألة المتقدمة عفا عنهما وفي عتقهما جميع الدية فكان الموصى به جميع الدية، وإذا ضعفنا نصف الدية صارت عشرة آلاف ثم يزيدها على القيمة فصارت ثلاثين ألفا فاجعل نصف الدية على ثلاثين جزءًا ثم يضرب الورثة فيهما بنصف الدية المضاعفة وذلك عشرة آلاف والموصى له بالقيمة عشرون ألفا فيكون نصف الدية بينهما أثلاثًا لو لم يترك المجروح مالًا آخر، فإذا ترك مالًا آخر وهو العبد المدفوع إلى ورثته قيمة ألف وقع الاستثناء للورثة عن ألف من ثلاثين فيصرف إلى الموصى له فيصير للموصى له أحد وعشرون فضرب الموصى له بأحد وعشرين والورثة بتسعة وأحد وعشرين من ثلاثين قدر ثلاثة أخماسه ونصف خمسه وللورثة خمسه ونصف خمسه فجاز العفو في ثلاثة أخماس نصف الدية ونصف الدية ونصف خمسها وبطل في خمسها ونصف خمسها، وخمس العبد الذي قيمته عشرون أربعة آلاف ونصف خمسه ألفان فحصل للورثة ستة آلاف يدفع ذلك القدر من كثير القيمة وحصل لهم بدفع قليل القيمة ألف فحصل لهم سبعة آلاف، وقد نفذنا الوصية في ثلاثة أخماس نصف الدية ونصف خمسها وذلك ثلاثة آلاف وخمسمائة فاستقام الثلث والثلثان، فإن اختار مولى المعفو عنه الفداء فدى ثلاثة أخماسه بثلاثة أخماس نصف الدية؛ لأنه لما اختار الفداء ظهر أن مال الميّت نصف الدية خمسة آلاف والعبد المدفوع قيمته ألف فيكون جميع ماله ستة آلاف فيكون ثلث ماله ألفين فجاز العفو في خمسي نصف الدية وذلك ألفان وبطل في ثلاثة أخماسه وذلك ثلاثة آلاف فحصل للورثة ثلاثة آلاف من نصف الدية والعبد المدفوع قيمته ألف فحصل للورثة أربعة آلاف فاستقام الثلث والثلثان.

وإن اختار الفداء يفدي للذي لم يعف عنه بنصف الدية والذي عفا عنه بخمس نصف الدية وثلثي خمس نصفها؛ لأنه لما اختار الفداء فظهر أن مال الميت عشرة آلاف وقد تبرع بخمسة آلاف وثلث ماله ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث ذلك ثلاثة أخماس نصف الدية وثلث خمسها فجاز العفو في ذلك.

وإن اختار الذي لم يعف الفداء والذي عفا عنه الدفع يدفع سدس العبد؛ لأنه يضعف نصف الدية فصار عشرة آلاف، ثم يزيدها على القيمة فيصير ثلاثين ألفًا فيجعل نصف الدية على ثلاثين جزءًا يضرب الورثة بعشرة والموصى له بعشرين فيصير نصف الدية بينهما أثلاثًا للموصى له وثلثه للورثة لو لم يترك الميت مالًا، فإذا ترك خمسة آلاف وهو ما حصل له الفداء من نصف الدية فقد وقع الاستغناء للورثة عن خمسة آلاف من ثلثين فيصرف إلى الموصى له فصار له خمسة وعشرون من ثلاثين وللورثة خمسه فجاز العفو في خمسة أسداس نصف الدية وبطل في سدسه فيدفع سدس العبد مكان سدس نصف الدية وقيمته ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث، وهذا القدر حصل للورثة بالدفع وكان عندهم بالفداء خمسة آلاف فصار لهم ثمانية آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثين وثلث، وقد نفذنا الوصية في خمسة أسداس نصف الدية، وذلك أربعة آلاف ومائة وستون وثلثان ذلك نصف ما أعطينا للورثة.

(باب العفو عن الجناية والوصيّة بعده)

(**المبسوط**): ولو عفا عن قاتله وهو عبد قيمته عشرة آلاف درهم وأوصى لرجل بثلث ماله واختار المولى الدفع كان سدس العبد وسدسه للموصى له بالثلث وأربعة أسداسه للورثة عند أبي حنيفة.

وإن اختار الفداء فدى خمسة أسداسه بخمسة أسداس الدية فأخذ صاحب الثلث سدس الدية من الورثة؛ لأن عنده الموصى له بالثلث يساوي الموصى له بالجميع؛ لأن الموصى له بالزيادة على الثلث لا يضرب بالزيادة فصار الثلث على سهمين وصار الكل على ستة فالمولى يمسك سدس العبد ويدفع خمسة أسداسه

إلى الورثة ثم يأخذ الموصى له بالثلث خمسي ما بقي من يد الورثة وذلك سدس الكل وبقي للورثة ثلثا العبد، ومتى كانت الدية والقيمة سواء لا يختلف الجواب بين الدفع والفداء.

وإن كانت قيمته ألف درهم فحكم الدفع كذلك، وإن فداه فدى بثلث الدية يأخذ الموصى له من ذلك ثلثي ألف من ثلث الدية والثاني للورثة، وتخريجه أنه لو كان للميت سوى العبد خمسة آلاف تجوز الوصيتان جميعا فيزيد خمسة آلاف على الدية فيصير خمسة عشر ألفا يجعل الدية على هذه الأجزاء خمسة عشر سهما فيضرب الموصى له بالعفو بقدر ألف به عشرة أسهم وعشرة من خمسة قدر ثلثيه فجاز العفو في ثلثيه وبطل في ثلثه فيفدي ثلث العبد بثلث الدية وذلك ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث، فيأخذ صاحب الثلث خمس ذلك وذلك ستمائة وستة وستون وثلثان وذلك ثلثا ألف وعلى قولهما يضربهُ مولى العبد في الثلث بجميع العبد وصاحب الثلث يضرب بالثلث فيقسم ثلث المال على أربعة لمولى العبد ثلاثة أرباع الثلث ويدفع الباقي إلى الورثة فيأخذ صاحب الثلث من الورثة ربع الثلث.

ولو كانت قيمته خمسة آلاف فحكم الدفع يختلف، فإن فداه فدى خمسة أتساعه بخمسة أسباع الدية سهم من ذلك لصاحب الثلث وأربعة للورثة، وتخريجه: أن يضعف القيمة لأجل الوصيّة بالعفو فيصير عشرة آلاف ثم يزيد عليها مثل القيمة لأجل الوصيّة بالعفو فيصير عشرة آلاف، ثم يزيد عليها مثل القيمة لأجل الوصية بالثلث فيصير خمسة عشر القائم يزيد عليها ضعف القيمة حتى يصير الكل خمسة أضعاف القيمة فتجوز الوصيتان جميعًا فيصير كله خمسة وعشرين ألفًا، ثم يزيدها على الدية فتصير خمسة وثلاثين ثم يجعل العبد على خمسة وثلاثين، ثم يضرب الموصى له بالعفو بقدر الدية عشرة أسهم وعشرة أسهم من خمسة وثلاثين قدر سبعيه، فعلم أن العفو جاز في سبعي العبد وبطل في خمسة أسباعه، فيفدي خمسة أسباع العبد بمثلها من الدية وذلك عشرة لأنها ضعف القيمة فأخذ صاحب الثلث خمس ما بقي وذلك سهمان فيبقى للورثة ثمانية، وقد نفذنا الوصيَّة لهمَا في أربعة فاستقام الثلث والثلثان.

(باب دفع العَبْد بالجناية إلى أحد الوليين ثمَّ ماتَ العَبد)

(المبسوط): ولو قَتَل عبد لرجل رجلًا خطأ، وله وليان فدفع نصفه إلى أحدهما والآخر غائب، ثم مات العبد ولا مال له غيره، فإن المولى الغائب يرجع على القابض بربع قيمة العبد؛ لأن نصف العبد الجاني فات إلى خلف وبدل؛ لأن النصف الذي قبضه الحاضر مضمون عليه، فإنه قبضه للاستيفاء وقبض الاستيفاء قبض ضمان فقد فات نصفُ المقبوض إلى خلف وهو القيمة وفات النصف الذي هو غير مقبوض بلا خلف؛ لأن العبد في يد مولاه أمانة وليس بمضمون فيرجع الغائب بنصف قيمة ما هو مضمون على الغائب.

ولو كان فدى نصفه منه بنصف الدية ثم مات العبد وحضر الغائب فإنهما يقتسمان نصف الدية نصفين ويرجعان على مولى العبد بنصف الدية أيضًا فيكون بينهما نصفين واختياره الفداء من أحدهما اختيار للفداء من الآخر لما مر في كتاب الجنايات، ولو فدى من أحدهما ثم قتل العبد وأخذ السيد قيمته دفع نصف القيمة إلى الغائب؛ لأن اختيار الفداء في حق أحدهما لا يكون اختيارا للفداء في حق الآخر ما دام العبد قائمًا؛ لأنه لا ضرر على الآخر في ذلك، فإنه لو اختار الدفع إليهما كان يصل إليه نصف العبد وهنا العبد قائم معنى لقيام بدله وهي القيمة؛ لأن البدل في مقام المبدل وكان العبد قائمًا معنًى واعتبارًا فيدفع البدل إلى الغائب؛ لأنه بدل حقه ولا يتراجعان؛ لأن دفع نصف القيمة إلى الغائب كدفع نصف العبد إليه.

ولو دفع إليه نصف العبد لحمًا ودمًا لا يتراجعان فكذا إذا دفعه معنى واعتبارًا قيل المراد بنصف القيمة نصف الدية، ومن أصحابنا من قال اختيار الفداء للحاضر لا يكون اختيارًا للدية في حق الغائب عند أبي حنيفة؛ لأن أحد الورثة لا ينتصبُ خصمًا عن الباقين فتكون المسألة الثانية على قول أبي حنيفة والأولى على قولهما.

ولو دفع نصفه إلى أحدهما واختار الفداء من الآخر وهوَ معسر لا يقدر على شيء، فإنه يرجع على أخيه بربع العبد، وإن كان مستهلكًا بربع القيمة، وقال في

الأصل: بربع القيمة وهو محمول على أن القيمة مثل الدية وهذا قولهما، وفي قول أبي حنيفة: لا يرجع على أخيه بربع القيمة لكن يبيع مولى العبد بنصف الدية متى أيسر؛ لأن عنده اختيار الفداء يصح من المفلس كما يصح من المولى، وعندهما اختيار الفداء من المفلس لا يصح لما مر في الديات، والله أعلم بالصَّواب.

كتاب الفرائض(١)

اعلم بأن علم فرائض المواريث يُحتاج إليه لكثرة ما تعم به البلوى وتقع فيه النوازل والفتوى، ولهذا حثنا الشرع على تعلمه واقتباسه واخترنا عن سرعة اندراسه واندساسه فقال عليه السلام: "**تعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإني امرؤ مقبوض وسيُقبض هذا العلم بقبض العلماء، وتظهر الفتن حتى يتنازع اثنان في فريضة فلا يجدان أحد يفصل بينهما**"(٢).

وقال عليه السلام: "**تعلموا الفرائض وعلموها الناس؛ فإنهَا أول ما ينتزع من أمتي**"(٣).

ثم يحتاج إلى معرفة: تفسير الفرائض، وسبب استحقاق الميراث، وسبب حرمانه، والحقوق المتعلقة بالتركة، وأصناف الوارثين.

أمَّا تفسيرها(٤): فالفرض في اللغة عبارة عن التقدير قال الله تعالى: ﴿فَنِصۡفُ مَا فَرَضۡتُمۡ﴾ [البقرة: ٢٣٧] أي قدرتم، ويقال: فرض القاضي النفقة، أي: قدرها، وكذا يستعمل للقطع يقال: قرضت الفأرة الثوب أي قطعته فسمي كتاب الفرائض؛ لأن سهام المواريث كلها مقدرة مقطوعة مبينة بسببه.

وأما سبب استحقاق الإرث: هو القرابة وما هو ملحق بها وهو الولاء.

أما القرابة: فنوعان: رحم وزوجيّة، ونص الكتاب ناطق بها وهو قوله تعالى:

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٤٩٩/٥، والشرح الكبير ٤٥٦/٤، ونهاية المحتاج ٢/٦، والعذب الفائض ٦٢/١.

(٢) أخرجه الترمذي (٤١٣/٤، رقم ٢٠٩١).

(٣) أخرجه ابن ماجه (٩٠٨/٢، رقم ٢٧١٩)، والدارقطني (٦٧/٤)، والحاكم (٣٦٩/٤)، والبيهقي (٢٠٨/٦ - ٢٠٩).

(٤) انظر: حاشية ابن عابدين ٤٦٣/٥، ٤٨٣، وشرح السراجية ص٤، والشرح الكبير ٤٥٧/٤، ونهاية المحتاج ٧/٦.

﴿يُوصِيكُمُ ٱللَّهُ فِىٓ أَوۡلَٰدِكُمۡ﴾ [النساء: ١١] الآية، ولأن الميت لما استغنى عن ماله لو لم يستحقه أحد يبقى عاطلًا سائبًا والقريب أولى الناس به فيستحقه بالقرابة صلة كما يستحق النفقة حال حياة مورثه صلةً ووصلة الزوجيَّة أصلُ القرابات وأساسها؛ لأن القرابات إنما تفرَّعت وتشعبت منها فالتحقت قرابة السبب بقرابة النسب في حق استحقاق الإرث.

وأما الولاء: فلقوله عليه السلام: "**الْوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ**"(١) أي: قطعة منه فقد ألحق الولاء بالنسب، ولأنه بالإعتاق تسبب إلى إحيائه حكمًا حتى أفاد له المالكية والولاية التي هي من خاصة الإنسانية، والمسبب إلى إحياء حقيقة بالإيلاد تستحق الميراث، فكذلك المسبب إلى الإحياء معنى بالإعتاق مجزاه على إنعامه وأحسابه، وكذا بولاء الموالاة لقوله عليه السلام لمن سأله عمن أسلم على يدي رجل ووالاه فقال: "**هو أحق الناس به محياه ومماته إن والاه**" أي بميراثه لا بشخصه.

وأما ما يحرم به الميراث: أنواع أربعة: الرق، والكفر، واختلاف الدارين حقيقة وحكما، والقتل مباشرة بغير حق.

أما الرق: فلأنه سلب أهليّة الملك.

وأمَّا الكفر(٢): فلقوله عليه السلام(٣): "**لَا يَتَوَارَثُ أَهْلُ مِلَّتَيْنِ شَتَّى، لا يَرِثُ كافرٌ مِنْ مُسلِمٍ، ولَا مُسلمٌ مِنْ كَافرٍ**".

---

(١) أخرجه ابن حبان (٤٩٥٠) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: قرئ على بشر بن الوليد، عن يعقوب بن إبراهيم، عن عبيد الله بن عمر، عن عبد الله بن دينار، فذكره.

(٢) انظر: العذب الفائض ٣٢/١، والمبسوط للسرخسي ٣٠/٣٠ - ٣٣.

(٣) أخرجه أحمد ١٧٨/٢ (٦٦٦٤) قال: حدثنا سفيان، عن يعقوب بن عطاء وغيره. وفي ١٩٥/٢ (٦٨٤٤) قال: حدثنا روح، قال: حدثنا شعبة، قال: حدثنا عامر الأحول. و«ابن ماجه» (٢٧٣١) قال: حدثنا محمد بن رمح، قال: أخبرنا ابن لهيعة، عن خالد بن يزيد، أن المثنى بن الصباح أخبره. و«أبو داود» (٢٩١١) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا حماد، عن حبيب المعلم. و«النسائي» في «الكبرى» (٦٣٥٠) قال: أخبرنا نصر بن علي بن نصر الجهضمي، قال: أخبرني أبي، عن شعبة، عن عامر الأحول. وفي (٦٣٥١) قال: أخبرني =

وأما اختلاف الدارين والقتل يأتي في بابه.

وأمّا الحقوق المتعلقة بالتركة فأربعة: الكفر والدفن والدين والوصيّة والميراث.

فأول ما يبدأ به من التركة تكفين الميت وبدفنه؛ لأن ستر عورته ومواراة سوأته من أهمّ حوائجه واستغراق الدين بما له لم يمنعه عن ذلك حال جناية فكذلك بعد وفاته ثم قضاء ديونه؛ لأنه أهمّ وقدم قضاء ديونه على ديون الله تعالى لاستغناء الله تعالى وافتقار العبد ولشدة خصومة العباد ولكثرة تجاوز الله تعالى وعفوه وتفضله وكرمه ثم تنفذ وصيته من الثلث؛ لأنها من حوائج الميت، والوارث إنما يستحق الميراث بعد استغناء المورث وهذا إذا كانت الوصيّة بشيء بعينه، فإن كانت الوصيّة بثلث ماله أو ربعه فالموصى له شريك الورثة لأنها بمعنى واحدٍ؛ لأن حقه ثبت في جميع التركة شائعا كحق سائر الورثة ثم يقسم الباقي بين ورثته على فرائض الله وسنّة رسوله.

وأمّا أصناف الوارثين فثلاثة: أصحاب الفرائض الذين لهم سهام مقدرَّة بالكتاب أو بالسنَّة المشهورة أو بإجماع الأمّة، والعصبات الذين ليس لهم سهامٌ مقدرة ويأخذون الفضل من أصحاب الفرائض، وذوو الأرحام الذين ليس لهم سهام مقدرة ولا لهم حقيقة تعصيب وإنما يرثون بمجرد القرابة. [والله أعلم بالصواب][1].

(باب أصحاب الفرائض)

وهم اثنا عشر نفسًا، عشرة بالنسب وثنتان بالسَّبَب.

أما بالنسب فسبعة من النساء وثلاثة من الرجال.

=

هارون بن عبد الله الحمال، قال: حدثنا ابن عيينة، عن يعقوب بن عطاء، وغيره. أربعتهم: (يعقوب بن عطاء، وعامر الأحول، والمثنى بن الصباح، وحبيب المعلم) عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، فذكره.

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

أما النساء:

الأول: بنات الصلب، ففرض الواحدة النصف وفرض [الثنتان][(١)] فصاعدا الثلثان، وعن ابن عباس رضي الله عنهما: للبنتين النصف.

والصحيح [قول العامّة][(٢)] لإشارة الكتاب وصريح السنّة:

أمّا إشارة الكتاب: فلأن الله تعالى جعل للذكر مثل حظ الأنثيين، فإنه لو اجتمع ابن وبنت فللابن الثلثان؛ فعرفنا أن حظ البنتين الثلثان.

وأما صريح السنة فلما رُوي أن امرأة سعد بن ربيع قالت للنبي عليه السلام: إن سعدًا قُتل يوم أحد، فهاتان بنتا سعد، وإن عمهما قد استولى على مالهما، ولا تنكحان إلا ولهما مالٌ، فقال عليه السلام: "**يقضي الله في ذلك**" فأنزل الله تعالى هذه الآية[(٣)]، فبعث النبي إلى عمهما: "**أن أعطهما ثلثي المال، ولأمهما ثمنه، والباقي لك**"[(٤)].

وقيل: هذا أول ميراث قُسمَ في الإسلام فثبت بهذا أن للبنتين حكم الثلث في باب الميراث، وأن في الآية تقديم وتأخير كأنه قال: فإن كنَّ نساء اثنتين فما فوقهما

والثانية: بنات الابن وإن سفلن فللواحدة النصف وللبنتين فصاعدا الثلثان عند عدم أولي الصلب؛ لأنه يطلق عليهما اسم الولد؛ لأنه صار مسببًا لتوليدها فتكون مضافة

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): البنتان.

(٢) ما بين المعكوفتين في (س): قولنا.

(٣) المقصود آية الميراث.

(٤) أخرجه أحمد ٣٥٢/٣ (١٤٨٥٨) قال: حدثنا زكريا بن عدي، قال: أخبرنا عبيد الله. و«ابن ماجه» (٢٧٢٠) قال: حدثنا محمد بن أبي عمر العدني، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو داود» (٢٨٩١) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا بشر بن المفضل. وفي (٢٨٩٢) قال: حدثنا ابن السرح، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني داود بن قيس، وغيره من أهل العلم. و«الترمذي» (٢٠٩٢) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: حدثني زكريا بن عدي، قال: أخبرنا عبيد الله بن عمرو. و«أبو يعلى» (٢٠٣٩) قال: حدثنا أبو همام، قال: أخبرني عبد الله بن وهب، قال: أخبرني داود بن قيس المدني، وغيره.

أربعتهم: (عبيد الله بن عمرو، وابن عيينة، وبشر، وداود) عن عبد الله بن محمد بن عقيل، فذكره.

إليه حقيقة وشرعا فتناولها نص المواريث، إلا أنها صارت مضافة إليه بواسطة فنجحت بتلك الواسطة كالأجداد بالأب والجدات بالأم وللواحدة منهن فصاعدًا السدسُ مَعَ بنت الصلب تكملة الثلثين، **والثالثة**: الأم ولها السدس مع الولد أو ولد الابن أو اثنان من الإخوة والأخوات فصاعدا من أيّ وجه كانوا ولها الثلث عند عدم هؤلاء كما نطق به الكتاب ولها ثلث ما بقي في موضعين أحدهما إذا مات الرجل عن امرأة وأبوين فللمرأة الربع وللأم ثلث ما بقي أصله من أربعة والثاني إذا ماتت المرأة عن زوج وأبوين فللزوج النصف وللأم ثلث ما بقي والباقي للأب أصله من ستة.

وقال ابن عباس: للأم الثلث كاملًا.

والصحيح قول العامة؛ لأن الله تعالى جعل للأم ثلث ما ورثه الأبوان بقوله: ﴿وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] والأبوان ورثا النصف فيكون للأم ثلث ما ورثه الأبوان بقوله وورثه أبواه ورثا وهو ثلث ما بقي إذ لو لم يحمل على هذا لصار قوله وورثه أبواهُ فضلًا خاليا عن الفائدة؛ ولأن في توريثها الثلث كاملا تفضيل الأنثى على الذكر مع استوائهما في القرب والدرجة إلى الميت وهذا لا يجوز، بل يجب تفضيل الذكر على الأنثى كما نصَّ الله تعالى بخلاف ما لو لم يكن مَعَ الأم أبٌ؛ لأنه تعذر أن يعطي لها ثلث ما ورثه الأبوان فكان لها الثلث كاملا ولا يؤدّي إلى تفضيل الأنثى على الذكر[1].

وأما فرض الأمّ مَعَ الجدّ وأحد الزوجين فعن أبي بكر الصديق روايتان في رواية للأم ثلث ما بقي كما لو كان مكان الجد أبًا وهو قول أبي يوسف وفي رواية وهو قول علي وزيد رضي الله عنهما لها الثلث كاملا وبه أخذ محمد وهو الأصح لأنا

(١) انظر: الاختيار شرح المختار للموصلي ١٠٤/٥ ط. مصطفى البابي الحلبي بمصر ٢٧ سنة ١٣٧٠هـ، والمبسوط لشمس الدين السرخسي ١٦٧/٢٩. مطبعة السعادة بمصر ط. ١، وتبيين الحقائق للزيلعي ٢٣١/٦، دار المعرفة للطباعة والنشر ببيروت، والزرقاني شرح مختصر خليل ٢٠٨/٨، دار الفكر ببيروت سنة ١٣٩٨هـ. ونهاية المحتاج للرملي ١٩/٦، المكتبة الإسلامية، وروضة الطالبين ١١/٦ ط. المكتب الإسلامي للطباعة والنشر، ومطالب أولي النهى ٥٥٤/٤، المكتب الإسلامي للطباعة والنشر بدمشق، والمغني لابن قدامة المقدسي ٢٠٦/٦، مكتبة الرياض الحديثة بالسعودية.

أعطينا لها الثلث كاملا لا تصير الأنثى مفضلة على الذكر مع استوائهما في القرب والدرجة؛ لأن الأم أقرب إلى الميت من الجدّ، ويجوز تفضيل الأنثى على الذكر إذا كان لها زيادة قرب ودرجة؛ لأن لزيادة القرب أثرا في الترجيح والتفضيل كما لو ترك امرأةً وأختًا لأب وأم وأخًا لأب فللمرأة الربع وللأخت النصف والباقي للأخ فقد فضلنا الأنثى على الذكر لما لم يستويا في الدرجة والقرب **والرابعة**: الجدة أم الأم ففرضُ الواحدة فصاعدا السدس عند عامة الصحابة.

وعن ابن عباس بأن الجدة بمنزلة الأم والصحيح قول العامّة[1]؛ لأن الجدة أنقص حالا وأدون قربة إلى الميت من الأم لأولاد الجدّوية حقيقة بين الجدة والحافد فلم تجز التسوية بينهما ويجب أن ينتقص فرضها عن فرض الأم ليظهر الخطاب رتبتها، وكذلك أم الأب ولا يزاد للجدات على السدس وإن كثرت لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم **جعل للجدات السدس**[2].

والخامسة: الأخوات لأب وأم ففرض الواحدة النصف وفرض البنتين فصاعدا الثلثان لقوله تعالى: ﴿إِنِ امْرُؤٌا هَلَكَ لَيْسَ لَهُۥ وَلَدٌ وَلَهُۥٓ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ﴾ [النساء: ١٧٦] الآية **والسادسة**: الأخوات لأب وفرض الواحدة النصف وكذا الأخت فصاعدا الثلثان عند عدم الأخت لأب وأم لأنها بمنزلة بنت الابن مع بنت الصلب في القرب والدرجة، **والسابعة**: الأخوات لأم ففرض الواحدة السدس

---

(١) انظر: المبسوط لشمس الدين السرخسي ١٦٧/٢٩، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٢٣١/٦ - ٢٣٢، والزرقاني شرح مختصر خليل ٢٠٨/٨، وكفاية الطالب شرح الرسالة ٣٠٨/٢ ط. مصطفى البابي الحلبي، ونهاية المحتاج للرملي ١٩/٦ - ٢٠، وروضة الطالبين ١١/٦، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع للشربيني ٤٧/٢ مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر سنة ١٣٥٩هـ، ومطالب أولي النهى ٥٥٤/٤، والمغني لابن قدامة ٢٠٦/٦.

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة ٣٢٢/١١ (٣١٩٢٤) قال: حدثنا زيد بن الحباب. و«أبو داود» (٢٨٩٥) قال: حدثنا محمد بن عبد العزيز بن أبي رزمة، قال: أخبرني أبي. و«النسائي»، في «الكبرى» (٦٣٠٤) قال: أخبرنا محمد بن علي بن الحسن بن شقيق المروزي، قال: أبي أخبرنا.
ثلاثتهم: (زيد، وعبد العزيز، وعلي بن الحسن) عن عبيد الله بن عبد الله، أبي المنيب العتكي، عن ابن بريدة، فذكره.

وفرض الأختين فصاعدا الثلث إذا لم يكن للميت ولد ولا والد لما بين.

وأمَّا الرجال:

فالأول: الأب وله ثلاثة أحوال: الفرض وهو السدس مع الابن أو ابن الابن والتعصيب إن لم يكن للميت ولد لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُۥ وَلَدٌ وَوَرِثَهُۥٓ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ ٱلثُّلُثُ﴾ [النساء: ١١] بيَّن نصيب الأم ولم يفرض للأب شيئًا فعلم أنه عصبة وكلاهما مع البنات أو بنات الابن فللبنت النصف وللأب السدس بالفرض والباقي له بالتعصيب لقوله عليه السلام: "**ما أبْقَتِ الْفَرَائِضُ فَلِأَوْلَى رَجُلٍ ذَكَرٍ** "[1] والأب

---

(١) أخرجه «البخاري» ١٥٠/٨ (٦٧٣٢) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥١/٨ (٦٧٣٥) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥٢/٨ (٦٧٣٧) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥٣/٨ (٦٧٤٦) قال: حدثنا أمية بن بسطام، قال: حدثنا يزيد بن زريع، عن روح. و«مسلم» ٥٩/٥ (٤١٤٨) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد، وهو النرسي، قال: حدثنا وهيب. وفي (٤١٤٩) قال: حدثنا أمية بن بسطام العيشي، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. وفي (٤١٥٠) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، ومحمد بن رافع، وعبد بن حميد، واللفظ لابن رافع، قال: إسحاق: حدثنا، وقال الآخران: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي ٦٠/٥ (٤١٥١) قال: وحدثنيه محمد بن العلاء، أبو كريب الهمداني، قال: حدثنا زيد بن حباب، عن يحيى بن أيوب. و«ابن ماجه» (٢٧٤٠) قال: حدثنا العباس بن عبد العظيم العنبري، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«أبو داود» (٢٨٩٨) قال: حدثنا أحمد بن صالح، ومخلد بن خالد، وهذا حديث مخلد، وهو أشبع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. و«الترمذي» (٢٠٩٨) قال: حدثنا عبد الله بن عبد الرحمن، قال: أخبرنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. وفي (٢٠٩٨م) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر. و«النسائي» في «الكبرى» (٦٢٩٧) قال: أخبرنا محمد بن معمر البحراني، قال: حدثنا حبان، يعني ابن هلال، قال: حدثنا وهيب، يعني ابن خالد. و«أبو يعلى» (٢٣٧١) قال: حدثنا إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. و«ابن حبان» (٦٠٢٨) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، قال: حدثنا محمد بن المنهال الضرير، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. وفي (٦٠٢٩) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر. وفي (٦٠٣٠) قال: أخبرنا الحسن بن سفيان، قال: حدثنا أبو معمر القطيعي، إسماعيل بن إبراهيم، عن محمد بن حميد المعمري، عن معمر.

أولى الناس به في هذه الحالة. **والثاني**: الجد أب الأب وفرضه السدس عند عدم الأب؛ لأنه يطلق عليه اسم الأب فتناوله نصُّ المواريث وعليه إجماع الصحابة. **والثالث**: الإخوة لأم ففرض الواحدة السدس وللابنين فصاعدا الثلث إذا لم يكن للميت ولد ولا والد لما بيّن لقوله تعالى: ﴿وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَٰلَةً أَوِ ٱمْرَأَةٌ وَلَهُۥٓ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ﴾ [النساء: ١٢] الآية والمراد به أولاد الأم بدلالة قراءة سعد بن أبي وقاص فله أخ أو أخت لأم وقرأه الصحابي إلا يتقاعد عن الخبر المشهور وبدلا له أن الله تعالى سوى بين الذكر والأنثى وشركهم في الثلث والشركة تقتضي المساواة بين الشركاء، كأولو كان المراد به أولاد الأب والأم أو الأب يجعل المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين كما في قوله: ﴿وَإِن كَانُوٓا۟ إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَآءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ ٱلْأُنثَيَيْنِ﴾ [النساء: ١٧٦] كي لا يؤدي إلى التناقض في كلامه فقد ورث أولاد الأم بشرط أن يكون الميت كلالة.

واختلفوا في تفسير الكلالة:

قال أئمة الصحابة: إنها اسم ورثة ليس فيها والد ولا ولد، وإليه ذهب فقهاء أهل الأمصار.

وقيل: عدم الولد ليس بشرط بصيرورة الميت كلالة وهذا قول مهجور مخالف للإجماع وبدليل ما روى أبو سلمة أن النبي عليه السلام سُئِل عَنِ الْكَلَالَةِ قال: "**مَنْ مَاتَ وَلَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَا وَالِدٌ**"(١)، وكذلك من حيث اللغة قال الشاعر(٢):

فَإِنَّ أَبَا الْمَرْءِ أَحْمَى لَهُ ... وَمَوْلَى الْكَلَالَةِ لَا يَغْضِبُ

جعل الكلالة من لا أب له.

وأمَّا الذي بالسَّبَب فالأول الزوج وله الربع إن كان للميت ولد أو ولد ابن والنصف عند عدمهم.

---

(١) ورد بمعناه عند أبي داود في المراسيل (ص ٢٧٢) من حديث أبي سلمة ابن عبد الرحمن بن عوف. وعزاه السيوطي في الدر المنثور (٢/٢٧٥) لأبي الشيخ في الفرائض.

(٢) انظر: اللسان كلل ١١/٥٩٠.

وذكر محمد في النكاح: لو تنازع جماعة في نكاح امرأة ادعى كل واحد أنها امرأته وأقام البينة وليست في بيت واحد ولم يدخل بها واحد ولم يفرق بينها حتى ماتت فميراث زوج واحد من تركتها بينهم بالسوية، والثاني في المرأة ولها الثمن إن كان للميت ولد أو ولد ابن والربع عند عدمهم، والنساء يشركهن في الربع أو الثمن بقوله تعالى: ﴿وَلَهُنَّ﴾ وأنه كلمة الجمع.

(باب العصبات)

ويحتاج إلى: معرفة العصبات، وإلى أحكامها على الانفراد والاجتماع، وإلى أحكامها مع أصحاب الفرائض.

أمَّا أنواع العصبات فالعصبة نوعان: عصبة بالنسب وعصبة بالسبب فالعصبة بالسَّبَب أنواعُ ثلاثة: عصبةُ بنفسه، وعصبة بغيره، وعصبة مع غيره. فالعصبة بنفسه كل ذكر يدلي إلى الميت وينسب إليه بالذكورة كالابن وابن الابن، والعصبة بغيره كل أنثى تصير عصبة بذكر يوازنها وأربعة يعصبون إخوانهم للذكر لمثل حظ الأنثيين الابن وابن الابن والأخ لأب وأمّ والأخ لأب وعن عداها ولا ينفرد ذكر ورثهم بالميراث دون الإناث كابن الأخ مع بنت الأخ وكابن الابن مع بنت بنت الابن وابن الأخ لا يعصب عمتَه مثاله أختان لأب وأم وأخت لأب وابن فالباقي من نصيب الأختين لابن الأخ لأب ولا شيء للأختِ لأب لأنها محجوبة غير وارثة بالأختين لأب وأم والعصبة مع غيره كل أنثى تصير عصبة مع أنثى أخرى كالأخوات لأب وأم أو لا تصرن عصبة مع البنات أو بنات الابن وعن ابن عباس أنها لا ترث مع البنات.

والصحيح قولنا؛ لما روى ابن مسعود رضي الله عنه **"أن النبي عليه السلام قضى للبنت بالنصف ولبنت الابن بالسدس وبما بقي للأخت"**، وقوله تعالى: ﴿إِنِ ٱمۡرُؤٌاْ هَلَكَ لَيۡسَ لَهُۥ وَلَدٞ وَلَهُۥٓ أُخۡتٞ﴾ [النساء: ١٧٦]تعليق توريث الأخت بعدم الولد بالفريضة لا بالعصوبة بل هو مسكوت عنه ونحن ورثناها بالتعصيب بقرابة الأب عملًا بالحديث مثاله بنت وأخت لأب وأمّ وأخ لأب فللبنت النصف والباقي للأخت ولا

شيء للأخ للأب؛ لأن الأخت ترث بالتعصيب وأنها أقرب إلى الميت من الأخ لأب.

وأمَّا العصَبَة بالسَّبَب: وهو مولى العتاقة لما روي أن بنت حمزة بن عبد المطلب أعتقت عبدًا فمات العبد وترك بنتا ومولاته فأعطى النبي عليه السلام لابنته النصف ولمولاته النصف الباقي وبقوله عليه السلام للمعتق: «**إن مات ولم يترك وارثًا كنت أنت عصبته**» أي مات ولم يترك وارثا عصبة من النسب.

وأمَّا أحكام العصبات على الانفراد فالعصبة إذا انفردت تنفرد بجميع المال؛ لأن نصيب الابن أو الأخ ضعف نصيب البنت والأخت حالة الاجتماع بالنصّ وللبنت والأخت المنفردة النصف بالنصّ فوجب للابن والأخت المنفرد الكل بدلالة النص ولأنه تفرد بسبب استحقاقه وهو القرابة والعصوبة فينفرد باستحقاق الكل كما في حق الشفعة، وكذلك ابن الابن وابن الأخ لأنه قائم مقام الأب في سبب الاستحقاق، وإن كانوا جماعة في طبقة واحدة مثل البنتين أو بني الابن أو الإخوة أو يتوهم قسم المال على عدد رؤوسهم بالسوية لاستوائهم في سبب الاستحقاق، وإن كانوا ذكورًا وإناثا في طبقة واحدة فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، كما لو ترك ابنًا وبنتًا أو أخًا أو أختًا لأب وأم أو لأبٍ، فإن ترك ابنين وبنتين فلكل ابن سهمان ولكل بنت سهم، وإن كان معهم ذو فرض بداية والباقي بينهم وإن لم يبق فلا شيء لَهُم وعلى هذا إجماع الأمة إلا في المسألة المشتركة وصورتها: امرأة ماتت عن زوج وأم وأخوين لأمّ وأخ لأب وأم قال عليٌّ رضي الله عنه للزوج النصف وللأم السدس وللأخوين لأم الثلث ولا شيء للأخ لأب وأم وبه أخذ علماؤنا، وقال عمر رضي الله عنه أولا كما قال علي ثمّ رجعَ حين سئل عن هذه المسألة فأجاب كما هو مذهبه فقام واحد من أولاد الأب والأم وقال: يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حمارًا ألسنا من أمّ واحدة والأب لا يزيد إلا قربًا فأطرق عمر رضي الله عنه رأسه مليًّا ثم رفع فقال نعم صدقوا هم بنو أم واحدة ونشركهم في الثلث، ثم قيل الثلث بين أولاد الأب والأم وبين أولاد الأم بالسوية وقيل بينهم أثلاثًا الثلث لقوم الأم والثلثان لقوم الأب والأم وقيل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وهو الأصح وبه أخذ مالك والشافعي فسميت هذه المسألة مشرّكة وسميت أيضا الحمارية.

والصحيح قولنا؛ لأن لأولاد الأم فرض مقدّر بالكتاب بلا تفصيل بينهما إذا كان للمال سعة أو ضيق فلا يجوز أن ينقص عن فرضهم عملا بإطلاق الكتاب ولأنه تعذر إلغاء قرابة الأب واعتبار قرابة الأم لأنه لم يرث بقرابة الأم بالفريضة بحال مائل يرث بقرابة الأب بالعصوبة فيكون عصبة بكل حال والعصبة لا تشارك صاحب الفرض في فرضه.

ولو ترك زوجا وأُمًّا وأخًا وأختًا لأم وأخًا لأب فللزوج النصف وللأم السدس وللأخ والأخت لأم الثلث ولا شيء للأخ لأب بالإجماع؛ لأنه ليس لَهُ قرابة الأم لتشاركهما في الإرث بقرابة الأم فلم تكن المسألة مشركة.

فأما العصبات إذا اجتمعت، فإنه يورث الأقرب فالأقرب لقوله عليه السلام: "**أَلْحِقُوا الْفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا، فما أبقت فلأَوْلَى ذَكَرٍ**"[1] ولأن علة الاستحقاق وهي

(١) أخرجه «البخاري» ١٥٠/٨ (٦٧٣٢) قال: حدثنا موسى بن إسماعيل، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥١/٨ (٦٧٣٥) قال: حدثنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥٢/٨ (٦٧٣٧) قال: حدثنا سليمان بن حرب، قال: حدثنا وهيب. وفي ١٥٣/٨ (٦٧٤٦) قال: حدثنا أمية بن بسطام، قال: حدثنا يزيد بن زريع، عن روح. و«مسلم» ٥٩/٥ (٤١٤٨) قال: حدثنا عبد الأعلى بن حماد، وهو النرسي، قال: حدثنا وهيب. وفي (٤١٤٩) قال: حدثنا أمية بن بسطام العيشي، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. وفي (٤١٥٠) قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، ومحمد بن رافع، وعبد بن حميد، واللفظ لابن رافع، قال: إسحاق: حدثنا، وقال الآخران: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي ٦٠/٥ (٤١٥١) قال: وحدثنيه محمد بن العلاء، أبو كريب الهمداني، قال: حدثنا زيد بن حباب، عن يحيى بن أيوب. و«ابن ماجه» (٢٧٤٠) قال: حدثنا العباس بن عبد العظيم العنبري، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«أبو داود» (٢٨٩٨) قال: حدثنا أحمد بن صالح، ومخلد بن خالد، وهذا حديث مخلد، وهو أشبع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: حدثنا معمر. و«الترمذي» (٢٠٩٨) قال: حدثنا عبد الله بن عبد الرحمن، قال: أخبرنا مسلم بن إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. وفي (٢٠٩٨م) قال: حدثنا عبد بن حميد، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر. و«النسائي» في «الكبرى» (٦٢٩٧) قال: أخبرنا محمد بن معمر البحراني، قال: حدثنا حبان، يعني ابن هلال، قال: حدثنا وهيب، يعني ابن خالد. و«أبو يعلى» (٢٣٧١) قال: حدثنا إبراهيم، قال: حدثنا وهيب. و«ابن حبان» (٦٠٢٨) قال: أخبرنا أحمد بن علي بن المثنى، =

القرابة والتعصيب مرجح بزيادة القرب فيترجح استحقاقه كما في ولاية الإنكاح ثم أقرب العصبات الابن ثمَّ ابن الابن وإن سفل؛ لأن الأب، وإن كان أقرب إلى الميّت من ابن الابن ولكنه صاحب فرض مع ابن الابن وزيادة القرب إنما يعتبر للترجيح في استحقاق المواريث لا بالفرض؛ لأنه لا يجوز الزيادة على الفرض فالأخ لأب يرث مع الأخت لأب وأم، وإن كانت الأخت أقرب منه إلى الميت ثم الأبُ ثم الجد أبُ الأب وإن علا عند أبي حنيفة خلافا لهما لما يأتي، ثم الأخ لأب وأم ثم الأخ لأب ثم بنو الأخ لأب وأم ثم بنو الأخ لأب ثم بنوهم على هذا الترتيب ثم العم لأب وأم ثم العم لأب ثم بنو العم لأب وأم ثم بنو العم لأب ثمَّ بنوهم على هذا الترتيب ثم عم الأم لأب وأم ثم عم الأب لأب ثم بنوهم على هذا الترتيب ثم عم الجد لأب وأم ثم عم الجد لأب ثمّ بنوهم على هذا الترتيب، ثمَّ مولى العتاقة ثم عصبته على الترتيب الذي ذكرنا ثمَّ الردُّ على ذوي السهام ثمَّ ذوي الأرحام ثم مولى الموالاة ثم عصبته على هذا الترتيب، وقال ابن مسعود: ذوو الأرحام مقدّمون على مولى العتاقة، وكذلك الإرث بالردّ مقدَّم على الإرث بالولاء، ثمَّ المقر لهُ بالنسب من غيره ولم يثبت النسب من ذلك الغير كما لو أقرَّ بأن هذا ابن ابنه أو ابن أخيه أو أقرَّ بأمّ أو جَدّ ونحوه ومات المقر على إقراره إن لم يكن للمقر وارث معروف يكون المال كله للمقر له؛ لأنه أقرَّ بالنسب على غيره وباستحقاق الإرث على نفسه بعد موته وإقراره بالنسب إن بطل في حق المقر عليه؛ لأنه على غيره لكنَّه صح في حقه باستحقاق ماله كمن اشترى عبدًا أقر بحريته من الأصل وكذبه البائع صح في حقه حتى يعتق ولا يكون ولاؤه له ولم يصح في حق البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن فكذا هذا، فإن كان للمقر وارث معروف يستحق جميع المال فلا شيء للمقر له؛ لأن إقراره يعدو إلى الوارث ببطلان حقه فلم يصح في حقه، وإن كان

=

قال: حدثنا محمد بن المنهال الضرير، قال: حدثنا يزيد بن زريع، قال: حدثنا روح بن القاسم. وفي (٦٠٢٩) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم، قال: أخبرنا عبد الرزاق، عن معمر.

الوارث يرث بعض المال كالزوج والزوجة يكون الفاضل عنهما للمقر له؛ لأن إقراره فيما زاد على فرضهما لا يتضمن إبطال حقّهما فصح، ثمَّ الموصى له بجميع المال ثم ببيت المال؛ لأن المال متى خلى عن مستحق وعطل مالك فمصرفه بيت المال كاللقطة والضالة.

(باب اجتماع الفرض والتعصيب في شخص واحد)

أصله: إن كان من ورث بقرابتين ينزل منزلة شخصين؛ لأن كل واحدة مستقلة مستندة في سبب في استحقاق الإرث، فإن ورث بإحداهما يجعل الثانية عدمًا؛ لأنه لا فائدة في اعتبارها متى لم ينتصب سببًا لاستحقاق الإرث مثاله: امرأةٌ ماتت وتركت زوجًا هو ابن عمّ لها فله النصف بالزوجيّة والباقي له بالعمومية وكذا من ترك أخا لأم وهو ابن عمّ لهُ فله السدس بالإخوة والباقي له بالعمومية وصورته: أخوان أحدهما أصغر والآخر أكبر وللأكبر ابن من امرأة فمات الأكبر وتزوج الأصغر بامرأته فولدت ولدا ثم مات الأصغر ثم مات ابنه هذا المولود فقد مات عن أخ لأم هو ابن عمّ له، وإن ترك أخوين لأم أحدهما ابن عمّ له فالثلث بينهما نصفان والباقي للذي هو ابن عمّه بالعصوبة وصورته: أخوان تزوج الأكبر منهما بامرأة لها ابن من زوج آخر وولدت ولدًا منه ثم مات الأكبر فتزوجها الأصغر وولدت منه ولدًا فمات الأصغر ثم مات الغلام فقد مات عن أخوين لأم أحدهما ابن عم لهُ، وإن ترك ابني عم أحدهما أخ لأم، وصورته: أخوان لكل واحد امرأة وابن منهَا فمات الأكبر فتزوج الأصغر امرأته فولدت له ابنًا ثم مات الأصغر ثم مات ابن الأكبر فقد مات عن ابني عم أحدهما أخوه لأمه، فإن عامّة الصحابة للذي هو أخ لأم السدس والباقي بينهما بالعمومية وبه أخذ علماؤنا.

وقال ابن مسعود: المال كله للذي هو أخ لأم والصحيح قول العامة؛ لأن كل قرابة علة مستقلة بنفسها لاستحقاق الإرث وليست إحداهما من جنس الأخرى؛ لأن الأخوة ليست من جنس العمومية لاختلافهما في الاسم والمعنى الخاصّ، فإن معنى العمومية غير معنى الأخوة والعلة لا تترجح بالزيادة من خلاف جنسها

كالزوجيَّة في إحدى ابني العم فكانت كل قرابة علة بنفسها فيستجلب بحكمها، فإن كانت معها بنت سقطت الأخوَّة وورث بكونه ابن عم لا غير لما عرف.

(فصل)

امرأة اشترت أباها يعتق عليها ويكون ولاؤه لها حتى لو جن الأب فولاؤه إنكاحه إليها، وهذه من أندر المسائل حيث كانت ولاية إنكاح الأب إلى البنت، فإن مات الأب يكون المال كله لها نصفه بالفرض ونصفه بالعصوبة، وكذلك أختان اشترت إحداهما أباهما عتق عليها، فإن مات الأب فالثلثان لهما بالفريضة والباقي للمشتري بحكم الولاء، أختان اشترتا أباهما واشترت أحدهما مع الأب أخاهما ومات الأب يكون المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن مات الأخ يكون الثلثان لهما بالفريضة والنصف من الثلث الباقي للمشترية أخاها والنصف الآخر يكون لعصبة الأب؛ لأن الأب شريكها في شراء الأخ فيكون نصف الثلث أيضا بينهما نصفين لأنهما عصبتا الأب فصار للمشترية أخاها سبعة من اثني عشر أربعة بالفرض وسهمان بالعصوبة من الأخ وسهم بالعصوبة من الأب، وكذلك أختان اشترت إحداهما أباها واشترت الأخرى مع الأب أخاها ومات الأب يكون المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن مات الأخ يكون الثلثان لهما بالفرض يبقى الثلث نصفه يكون للمشترية أخاها ونصفه للأخرى بالعصوبة من الأب بقي الحاصل بينهما نصفين والله أعلم.

(باب الحجب)

الحجب نوعان: حجب نقص وحجب إسقاط.

أما حجب النقص فما ذكرنا.

وأما حجب الكل: فستة لا يسقطون بحال الأبوين والزوجين والابن والبنت؛ لأن فرضهم ثابت بكل حال؛ لأنه ثابت بدليل مقطوع به ومن عدا هؤلاء فالأقرب يحجب الأبعد عن الكل كالابن يحجب أولاد الابن عن الكل والأخ لأب وأم يحجب أولاد الأب عن الكل والأم تحجب الجدات كلها الأبوية والأمية لما رُوي

"أن النبي عليه السلام إنما أعطي للجدَّة السدس إذا لم يكن للميت أُم"[(١)] ولأن أم الأم تدلي إلى الميت بالأم وترث بواسطتها فلا ترث مع قيام الأم؛ لأن الأقرب يحجب الأبعد في استحقاق فرض واحد ليرجح عليه استحقاقه فحجب أم الأم ثابت نصا وقياسا وحجب أم الأب ثابت نصا لا قياسا لأنها تدلي إلى الميت بالأب وترث فرض الأب فلا يجوز أن تكون الأم حاجبة لها والأب يحجب الأجداد، وكذلك الجدات من قبله وهو قول عامّة الصحابة.

وقال عمر لابن مسعود رضي الله عنهما بأن الجدة ترث مع ابنها لما روي عن ابن سيرين أن النبي صلى الله عليه وسلم أطعم جدة السدس وأبوها حي.

والصحيح قول العامة؛ لأن أم الأب إنما تدلي إلى الميت بواسطة الأب فلا ترث ما دامت الواسطة أهلا للميراث لكون الأبعد محجوبا بالأقرب كالجد مع الأب والحديث حكاية حال لا عموم له فيحتمل أنه كان ابنها كافرًا أو رقيقا أو يحتمل أن ابنها غير أب الميت فلا يصح الاحتجاج به والأب لا يحجب أم الأم؛ لأن اتصال أم الأم بالميت بواسطة أم الميت لا بأبيه فلم يجز أن يكون الأب حاجبا لها وهذا إذا كان يرث الأبُ بالفرض وهو السدس، فإن كان يرث بالعصوبة هل يحجب أمه قيل لا يحجبها؛ لأن الأقرب إنما يحجب الأبعد في استحقاق فرض واحد، فإذا لم يستحق الأب السدس لم يصر حاجبا للأم وقيل يحجبها؛ لأن الأب يستحق السدس في الجملة بالنصف فلم يبق لها فرض فصارت محجوبة ضرورة فكذلك ابن ابنها قيل يحجبها؛ لأنه قائم مقام ابن الصلب حال عدم ابن الصلب في الحجب والاستحقاق وقيل لا يحجبها؛ لأن ابن ابنها يرث بالعصوبة؛ لا بالفرض بكل حال فلا يستحق السدس بحال فصار كابن العم بخلاف الأب؛ لأنه يستحق

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٣٢٢/١١ (٣١٩٢٤) قال: حدثنا زيد بن الحباب. و«أبو داود» (٢٨٩٥) قال: حدثنا محمد بن عبد العزيز بن أبي رزمة، قال: أخبرني أبي. و«النسائي»، في «الكبرى» (٦٣٠٤) قال: أخبرنا محمد بن علي بن الحسن بن شقيق المروزي، قال: أبي أخبرنا.

ثلاثتهم: (زيد، وعبد العزيز، وعلي بن الحسن) عن عبيد الله بن عبد الله، أبي المنيب العتكي، عن ابن بريدة، فذكره.

السدس فصارت محجوبة ضرورة، ولو ترك أبا وأم الأب وأم الأم ماذا لأم الأم قيل لها السدس كاملا؛ لأن أم أبيه وإن صارت محجوبة بابنها فلا يحجب غيرها عن البعض وقيل لهما نصف السدس؛ لأن أم أبيه وإن صارت محجوبة ولكنها من أهل استحقاق الإرث فتحجب غيرها عن البعض كالأخوين مع الأبوين يحولان فرض الأم من الثلث إلى السدس ثم أولاد الأب والأم يسمون بني الأعيان؛ لأن عين الشيء خياره وهو خيار الإخوة والأخوات وأولاد الأب يسمون بني العلات لقول الشاعر(١):

ويوسف إذ دلاه أولاد علة فأصبح في قعر الركية ثاويا

أي: مقيمًا، وأولاد الأم يسمون بني الأخياف من أصلين مختلفين مأخوذ من قولهم قوس أخيف إذا كانت إحدى عينيه مخالفة للأخرى وسقط أولاد الأب والأم بالابن وابن الابن والأب، وفي الجد اختلاف سيأتي لزيادة قربهم بالميت فيرجحون عليهم كما في ولاية الإنكاح وسقط أولاد الأب بهؤلاء وبالأخ لأبٍ وأم لقوله عليه السلام: "**بنو الأعيان**(٢) **يَتَوَارَثُونَ دُونَ بَنِي الْعِلَّاتِ**(٣)"(٤) ولأن لبني الأعيان زيادة

---

(١) انظر: ربيع الأبرار ١٥٦/١، ومحاضرات الأدباء ٥٩/١.

(٢) في رواية: أَنَّ أَعْيَانَ بَنِي الْأُمِّ يَتَوَارَثُونَ دُونَ بَنِي الْعِلَّاتِ يَرِثُ الرَّجُلُ أَخَاهُ لِأَبِيهِ وَأُمِّهِ، دُونَ إِخْوَتِهِ لِأَبِيهِ.

(أَعْيَانُ بَنِي الْأُمِّ): الْإِخْوَةُ وَالْأَخَوَاتُ، لِأَبٍ وَاحِدٍ، وَأُمٍّ وَاحِدَةٍ، مِنْ عَيْنِ الشَّيْءِ، وَهُوَ النَّفِيسُ مِنْهُ. تحفة الأحوذي - (ج٥/ ص٣٧١).

(٣) بَنِي الْعِلَّاتِ: هُم الْإِخْوَةُ لِأَبٍ، وَأُمَّهَاتٍ شَتَّى. تحفة الأحوذي (ج٥/ ص٣٧١).

والْمَعْنَى: أَنَّ بَنِي الْأَعْيَانِ إِذَا اجْتَمَعُوا مَعَ بَنِي الْعِلَّاتِ، فَالْمِيرَاثُ لِبَنِي الْأَعْيَانِ لِقُوَّةِ الْقَرَابَةِ، وَازْدِوَاجِ الْوَصْلَةِ. تحفة الأحوذي - (ج٥/ ص٣٧١).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١٩٠٠٣) عن الثوري. و«الحميدي» (٥٥ و٥٦) فرقهما، قال: حدثنا سفيان. و«ابن أبي شيبة» ١٦٠/١٠ (٢٩٦٦٢) و٤٠٢/١١ (٣٢٢١٠) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. و«أحمد» ٧٩/١ (٥٩٥) قال: حدثنا سفيان. وفي ١٣١/١ (١٠٩١) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. وفي ١٤٤/١ (١٢٢٢) قال: حدثنا يزيد، قال: أخبرنا زكريا. و«الدارمي» (٣١٩٠) قال: حدثنا أبو نعيم، قال: حدثنا زهير. و«ابن ماجه» (٢٧١٥) قال: حدثنا علي بن محمد، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. وفي (٢٧٣٩) قال: حدثنا يحيى بن حكيم، قال: =

قرب إلى الميت لكونهم يدلون إلى الميت بقرابتين ويسقط أولاد الأم بالولد وولد الابن وبالأب والجد بالاتفاق؛ لأن من شرط توريثهم أن يكون الميت كلالة والكلالة اسم لمن لا ولد له ولا والد له، وإذا استكملت البنات الثلثين سقطت بنات الابن إلا إذا كان معهن أو أسفل منهن ذكر فيعصِّبُهن وإذا استكملت الأخوات لأب وأم الثلثين سقطت الأخوات لأب إلا إذا كان معهن أخ فيعصِّبُهن؛ لأن فرضهن تكملة الثلثين ولم يبق ذلك ومن لا يرث لمعنًى فيه كالكفر والرق والقتل بغير حقّ ولا يحجب غيره لآخر مَاتا ولا نقصانا كابن الكافر والرقيق والقاتل بغير حق لا يحولان فرض الزوج إلى الربع عند ابن مسعود؛ لأن عدم توريثهما لفقد الأهلية لا مع قيامها لوجود الحاجب والعلة ينعدم لفقد الأهليَّة ويفوت شرط من شرائطها لبيع المجنون والمعتوه ومتى انعدمت علة استحقاق الإرث في حقهما التحقا كالأخوين مع الأبوين يحولان فرض الأم من الثلث إلى السدس؛ لأنه وجدت علة استحقاق الإرث في حقهما لكن امتنع الإرث لوجود الحاجب وهو الأب فجاز أن يظهر حجبهما عن البعض في حق من يقرب معهما.

(باب التسبيب)

التسبيب هو الوصف والبيان، وهذا الباب لبيان حال بنات الابن والميراث وقد ذكر مسائلها المتأخرون ليستجيد الخاطر.

أصله: أن بنت الابن تصير عصبة بابن الابن سواء كان الذكر في درجتها أو

=

حدثنا أبو بحر البكراوي، قال: حدثنا إسرائيل. و«الترمذي» (٢٠٩٤) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا سفيان. وفي (٢٠٩٤م) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا يزيد بن هارون، قال: أخبرنا زكريا بن أبي زائدة. وفي (٢٠٩٥ و٢١٢٢) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان بن عيينة. و«أبو يعلى» (٣٠٠) قال: حدثنا عبيد الله، قال: حدثنا سفيان. وفي (٣٦١) قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا حميد بن عبد الرحمن، عن زهير. وفي (٦٢٥) قال: حدثنا زهير، قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان.

خمستهم: (سفيان الثوري، وسفيان بن عيينة، وزكريا بن أبي زائدة، وزهير بن معاوية، وإسرائيل بن يونس) عن أبي إسحاق السبيعي، عن الحارث، فذكره.

أسفل منها إلّا إذا كانت صاحبة فرض فلا يعصبها من هو أسفل درجة منها؛ لأنه لولا الغلام لما ورثت الجارية التي بإزائها بعدما استكملت البنات الثلثين وإنما ورثت فسألت الغلام وهي أبعد عن الميت فلأن ترث بسبب الغلام وهي أبعد من الميت فلأن ترث بسبب الغلام جارية أعلى منه في الدرجة وهي أقرب إلى الميت أولى فأما صاحبة الفرض استغلت باستحقاق فرضها فلا تصير تابعة لذكر أسفل منها في الاستحقاق مثاله: بنت صلب وبنت ابن وابن ابن فللبنت النصف والباقي بين بنت الابن وابن الابن للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن ترك بنتين وبنت ابن وابن ابن أو ابن ابن فالثلثان للبنتين والباقي بين بنت الابن وابن الابن أو ابن ابن الابن، وإن ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض فالعلياوات بمنزلة بنات الصلب واللاتي تليهن بمنزلة بنات الابن وسقطت الباقيات إلا إذا كان ذكر في درجتهن أو أسفل منهن فتعصبهن ومثاله بنت ابن وبنت ابن ابن وبنت ابن ابن ابن فالنصف للعليا والسدس للوسطى ولا شيء للسفلى، وإن ترك ثلاث بنات ابن بعضهنّ أسفل من بعض وثلث بنات ابن ابن بعضهن أسفل من بعض وصورته إذا كان لابن الميت ابن بنت ولابن ابنه ابن وبنت ولابن ابن ابنه ابن وبنت فمات البنون وبقيت البنات، وكذلك ثلث بنات ابن ابن، وكذلك ثلاث بنات ابن ابن ابن فالعليا من الفريق الأول لا يوازيها أحد والوسطى من الفريق الأول يوازيها الوسطى من الفريق الثاني والسفلى من الفريق الأول توازيها الوسطى من الفريق الثاني والعليا من الفريق الثالث بقي من الفريق الثاني السفلى فيوازيها الوسطى من الفريق الثالث بقي السفلى من الفريق الثالث لا توازيها أحد فالعليا من الفريق الأول النصف وللوسطى منه وللعليا من الفريق الثاني السدس تكملة الثلثين ولا شيء للباقيات، فإن ماتت العليا من الفريق الأول فللوسطى من الفريق الأول وللعليا من الفريق الثاني الثلثان وسقطت الباقيات وهكذا يجري، وإن كان مع العليا من الفريق الأول غلام فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ولا شيء للباقيات، فإن كان الغلام مع الوسطى من الفريق الأول فالنصف للعليا من الفريق الأول والباقي بين الغلام وبين الوسطى من الفريق الأول مع من يوازيها وهي العليا من الفريق الثاني للذكر مثل حظ الأنثيين

ولا شيء للباقيات، وإن كان الغلام مع السفلى من الفريق الأول فالنصف للعليا والسدس للوسطى من الفريق الأول والعليا من الفريق الثاني تكملة الثلثين والباقي بين الغلام وبين السفلى من الفريق الأول مع من يوازيها للذكر مثل حظ الأنثيين، وإن كان الغلام مع السفلى من الفريق الثاني فالنصف للعليا والسدس للوسطى من الفريق الأول مع من يوازيها تكملة الثلثين والباقي بين الغلام وبين السفلى من الفريق الثاني مع من يوازيها في الدرجة ومع من فوقها ممن لم يأخذ الفرض؛ لأن الغلام يعصب من يوزايه ومن فوقه وعلى هذا القياس يجري، وإن كان مع كل واحدة منهنّ غلام فالمال بين الغلام وبين العليا من الفريق الأول للذكر مثل حظ الأنثيين ولا شيء للبواقي؛ لأنه أقرب العصبات.

(باب الجدات)

الجدات على ضربين: صحيحه ترث بالفرض، وفاسدة ترث بالرحم، والفصل بينهما وهو أن كل جدة تدخل في نسبتها إلى الميت أب بين أمين فهي فاسدة، وكل جدة لم تدخل في نسبتها إلى الميت أب بين أمين فهي صحيحة عند عامة الصحابة وهو مذهبنا وأحد قولي الشافعي.

وقال سعد بن أبي وقاص: كل جدة دخل في نسبتها إلى الميت ذكر سوى الأب فهي فاسدة وهو قول مالك وأحد قول الشافعي.

والصحيح قولنا؛ لما روى الطحاوي في اختلاف العلماء أن النبي صلى الله عليه وسلم "**أطعم ثلاث جدات السدس، أم أمه وأم أبيه وأم أم أمه**"[1]، ولم يثبت أنه أعطى أم أب الأم شيئًا لاختلاف الصحابة في ذلك والفرض لا يثبت إلا سماعا وتوقيفا؛ لأن إثبات المقدرات السير عنه لا يدرى بالقياس العقلية ولأب أم أب

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ١١/٣٢٢ (٣١٩٢٦) قال: حدثنا وكيع، قال: حدثنا سفيان. و«الدارمي» (٣١١٥) قال: أخبرنا حجاج بن منهال، قال: حدثنا شعبة. و«أبو داود» في «المراسيل» (٣٥٥) قال: حدثنا عبد السلام بن مطهر، قال: حدثنا شعبة. كلاهما: (سفيان بن سعيد الثوري، وشعبة بن الحجاج) عن منصور بن المعتمر، عن إبراهيم.

أمهم إنما يدلي إلى الميت بأب الأم وأب الأم لا يرث من ابن بنته وأنه أقرب إلى الميت من أمه الميت وهما أم أمه وأم ابنه والرتبة الثانية أربع جدات جدتا أبيه أم أب الأب والثانية أم أم الأب وثنتان جدتا أمه أم أم أمه وأم أب أمه فالكل وارثات إلا الأخيرة والمرتبة الثالثة ثماني جدات جدتا أب أبيه إحداهما أم أب أب أبيه والثانية أم أم أب أبيه وجدتا أم أبيه إحداهما أم أم أم أبيه والثانية أم أب أم أبيه وجدتا أب أمه وهما أم أم أب أمه وأم أب أم أبيه وجدتا أم أمه وهما أم أم أم أمه وأم أب أم أمه فهن ثماني جدات أربع منهنّ وارثات وأربعة ساقطات، فإن كان لكل واحدة منهن جدتان يسير ستة عشر وهي المرتبة الرابعة.

وإن كان لكل واحدة منهن جدتان يصرن اثنين وثلاثين وهكذا إلى مائة وأكثر وإذا سئلت عن عدد جدات وارثات كم بإزائهن ساقطات فخذ عدد المسؤول عنه بيمينك ثم أنقص عنه اثنين وخذهما بيسارك ثم أضعف ما في يسارك بعدد ما بقي في يمينك فما بلغ فاطرح المسؤول عنه فما بقي فهي ساقطة.

مثاله: سئلت عن ثلاث جدات خذ ثلاثًا بيمينك ثم أنقص عنه اثنتين وخذهما بيسارك ثم أضعف ما في يسارك بعدد ما بقي في يمينك فما بلغ فاطرح عند المسؤول عنه وهو ثلاثة بقي واحدة فهي ساقطة.

ثم الجدات الثابتات على ضربين: متحاذيات متساويات بدرجة ومتفاوتات بدرجة فطريق معرفة المتحاذيات الوارثات أن تلفظ بعدد من أمها ثم في المرة الثانية تبدل الأم الأخيرة أبا ثم هكذا في المرة الثالثة والرابعة إلى أن لا يبقى إلا أم واحدة مثاله: أم أم الأم وأم أم الأب وأم أب الأب وأم أب أب الأب وعلى هذا القياس إن كثرن وأما المتفاوتات بدرجة فالبعدى من الجدات محجوبة بالقربى عند عامة الصحابة من أي جهة كن وقال زيد بن ثابت: إن كانت البُعدى من جهة الأب أو كانت من جهة واحدة فإنها لا ترث مع القربى من جهة الأب وهو قول مالك والشافعي مثاله أم أم الأم وأم الأب فالسدس لأم الأب وعند زيد السدس بينهما نصفان.

والصحيح قولنا؛ لأن الجدات يدلين إلى الميت بالولاد ويرثن بالولاد فقد

اشتركتا في أصل سبب الاستحقاق وترجحت القربى بزيادة القرب لأنها من جنس العلة والعلة تترجح بالزيادة من جنسها كما في الإخوة، ولو ترك أب وأم أبيه وأم أم أمه قيل المال كله للأب؛ لأن جدة أمه صارت محجوبة بأم أبيه؛ لأن البعدى تصير محجوبة بالقربى ثم أم أبيه صارت محجوبة بأم أبيه؛ لأن البعدى بابنها وقيل السدس لجدة أمه؛ لأن أم أبيه صارت محجوبة بابنها فلا يحجب غيرها.

جدتان إحداهما جدة من حصتين والأخرى من جهة واحدة وصورته: امرأة زوجت بنت بنتها ابن ابنها فولدت غلاما فالمزوجة أم أم هذا الولد وأم أب أبيه، فإن مات الغلام وترك المزوجة وجدة أخرى هي أم أبيه فعند أبي يوسف السدس بينهما نصفان، وعند محمد ثلثاه للجدة ذات جهتين وثلاثة للأخرى؛ لأن لذي قرابتين زيادة القرب فلا يجوز التسوية بينهما فقد تعذر ترجيح ذي قرابتين على ذي قرابة واحدة هنا لأنهما يستحقان الميراث بالفرض لا بالتعصيب فوجب أن يجعل ذو قرابتين بمنزلة شخصين حكمًا كأنهما جدتان كابني عم أحدهما أخ لأم لأبي يوسف أن الترجيح ممتنع لما فيه تغيير حكم النص وجعل ذات قرابتين بمنزلة شخصين أيضا متعذر؛ لأن القرابتين من جنس واحد؛ لأن القرابة ليست إلا قرابة الولاد وقرابة الولاد متحدة ومتى تعذر الترجيح لم يبق إلا المساواة.

(باب الأجداد)

قال أبو بكر رضي الله عنه: وأكبر الصحابة الجد بمنزلة الأب عند عدمه يرث معه من كان يرث مع الأب ويحجب به من كان يحجب بالأب وبه أخذ أبو حنيفة رضي الله عنه.

وقال علي وزيد بن ثابت وابن مسعود رضي الله عنهم: الإخوة والأخوات لأب وأم أو لأب يرثون معَ الجد وبه أخذ أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله فالفتوى على قول أبي بكر؛ لأنه أبعد عن التزود ولم يتوقفون فيه ولم تتعارض عنه الرواية ومن غيره تعارضت الروايات ووقع التردد والتوقف والارتياب حتى قال علي رضي الله عنه: من أراد أن يتفحم في جوابهم جهنم فليفض في الجد وعن عمر

رضي الله عنه أنه جمع الصحابة ليجمعوا في الجدّ على قول فسقطت حيَّة من السقف فتفرقوا قبل أن يجتمعوا على شيء ولأن سبب عصوبة الجد الجدوية والولاد وسبب عصوبة الأخ جوار الرحم وقرابة الجدوية والولاد أقوى من قرابة جوار الرحم فقدمنا الأقوى على الأوهى وتوريث الجدّ مجمع عليه وتوريث الأخ مختلف فيه فكان الأخذ بالمجمع عليه أحق وأحوط ثم اختلف عليٌّ وزيد في كيفية توريثهم مع الجدّ واختلاف أصولهما والأصل الأول قال زيد وابن مسعود: الجد يقاسمهم ما دامت المقاسمة خيرا له من الثلث أو هما شيئان، أو إن كانت شرا بأن انتقص نصيبه من الثلث يعطى له الثلث والباقي لهم بالسَّويَّة إن كانوا ذكورًا أو إناثا، وإن كانوا ذكورا وإناثا فللذكر مثل حظ الأنثيين مثاله: جد وأخ فالمال بينهما نصفان. جدّ وأخوان فالمال بينهم أثلاثًا. جد وثلاثة إخوة فالثلث للجد والباقي لهم؛ لأن الثلث للجد خير من المقاسمة؛ لأن بالمقاسمة نصيبه الربع.

وقال علي: الجد يقاسمهم ما دامت المقاسمة خيرًا لهُ من السدس أو كانوا سواء.

وإن كانت شرًّا فللجد السدس والباقي لهم مثاله: جدٌّ وخمس إخوة فالمال بينهم على ستة، جد وستة إخوة فللجد السدس عنده؛ لأن السدس خير له من المقاسمة والباقي لهم والأصل الثاني قال زيد يعتد بأولاد الأب مع أولاد الأب والأم في المقاسمة لإظهار نصيب الجدّ، ثمَّ ما أصاب أولاد الأب يرد على أولاد الأب والأم إن كانوا ذكورا خلَّصا أو مختلطين، وإن كن إناثا خلصًا، فإن كانت أختًا واحدة فصاعدًا يرد عليها إلى تمام النصف، فإن بقي شيء فلأولاد الأب، وإن كانتا أختين فصاعدا يرد إلى تمام الثلثين؛ لأن أولاد الأب يرثون مع الجد فلا بدَّ من اعتبارهم في حق الجدّ كمن ترك أخًا لأب وأمّ وأخًا لأب وأمًّا فللأم السُّدُس فقد اعتبر الأخ لأب وارثًا في حق الأم حتى حول نصيبها من الثلث إلى السدس فكذلك في حق الجدّ.

وقال علي وابن مسعود: أولاد الأب لا يدخلون في المقاسَمَة مع أولاد الأب والأم لأنهم يحجبون بأولاد الأب والأم فصار وجودهم وعدمهم بمنزلة مثاله: جد

وأخ لأب والأم فصار وجودهم وعدمهم بمنزلة مثاله: جد وأخ لأب وأمّ وأخٍ لأبٍ فعند زيد يقسم المال بينهم على خمسة للجد سهمان وللأخ والأخت ثلثه سهمان للأخ وسهم للأخت ثم يرد من نصيب الأخ على الأخت إلى تمام نصف المال وذلك سهم ونصف بقي في يد الأخ نصف بينهم، وقد انكسر فأضعف ليزول الكسر وعندهما المال بين الجد والأخت نصفان جَدٌّ وأختين لأب وأم وأخوين لأبٍ فعند زيد للجد الثلث؛ لأنه خير من المقاسمة بقي سهمان بين الأجنبيين والأخوين للذكر مثل حظ الأنثيين، ثم يرد نصيب الأخوين على أختين ليتم فرضهما والأصل الثالث إذا اجتمع مع الجد الفرائض وأولاد الأب والأم أو الأب أو الأب أعطي أصحاب الفرائض فرائضهم ثم ينظر عند زيد إلى المقاسمة وثلث ما بقي وسدس جميع فيعطي للجد ما هو أنفع له والباقي فيكون للجد ثلث ما بقي إن كان خيرًا وإلا فالسدس إن كان خيرًا له من ثلث ما بقي؛ لأن الجد لا يجوز أن يتخلف عن الجدة، وفرض الجدّة لا ينقص عن السدس فالجدّ أولى وعند علي رضي الله عنه ينظر إلى المقاسمة وإلى سدس جميع المال كما هو أصله والأصل الرابع الأخوات المنفردات مع الجد عصبة إلا في مسألة الأكدرية؛ لأن الجد بمنزلة الأخ والأخوات تصرف عصبة بالأخ فكذلك بالجد وعند علي وابن مسعود أصحاب فرائض؛ لأن الكتاب ناطق بفرضهم إذا كن منفردات وإنما تصرف عصبة بالإخوة ولم يوجد مثاله: جد وأخت لأبٍ وأم عند زيد المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وعندهُمَا للأخت النصف والباقي للجدّ، وصورة مسألة الأكدرية: زوج وأم وجد وأخت لأب وأم أو لأب فللزوج النصف وللأخ الثلث وللجد السدس وللأخت النصف أصلها من ستة وعالت إلى تسعة ثم يضم نصيب الجد إلى نصيب الأخت فيقسم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وإنما جعلها صاحبة فرض هنا؛ لأن الباقي بعد نصيب الزوج والأم السدس فلا وجه إلى المقاسمة؛ لأنه انتقص نصيبه من السدس فجعلناها صاحبة فرض لهذه الضرورة، وإنما لقبت هذه المسألة بالأكدرية إما لأنها تكدر فيها قول زيد، أو لأنها وقعت في امرأة من بني أكدر. قال مشايخنا: لولا هذه المسألة لكان أصح الأقاويل بعد قول أبي بكر قول زيد إلا أنه استحسن في هذه

المسألة وترك أصله لنوع ضرورة وبقول زيد كله أخذ أبو يوسف ومحمد وأم وجد وأخت لأب وأم أو لأب فعند زيد للأم الثلث والباقي بين الجدّ والأخت للذكر مثل حظ الأنثيين وعند علي للأم الثلث وللأخت النصف وللجد السدس قال عثمان: المال بينهما أثلاثًا؛ لأنه لا يرى تفصيل الأم.

(باب الوَلاءِ)

المعتِق يرث من المعتَق ولا يرث المعتَق من المعتِق خلافا للحسن بن زياد؛ لأنه انعدمت الوصلة والقرابة بينهما لكن ألحق الولاء بالنسب في حق المعتق؛ لأنه أنعم على عبده بالإعتاق حيث تسبب إلى حياته معنى، فجوزي له باستحقاق الإرث عليه كرامة وصلة له، وقد انعدم ذلك المعنى من العبد فلم يلحق الولاء بالنسب في حقه فبقي أجنبيًا منه حقيقة كسائر الأجانب.

ولو مات المعتِق عن عصبة من جهة النسب وعن معتَق فالمال كله لعصبته من جهة النسب لأنها أقرب إليه من المعتَق، ولو مات المعتِق عن صاحب فرض وعن معتَق فلصاحب الفرض فرضه والباقي للمعتَق؛ لأنه عصبته. امرأة أعتقت مملوكًا ثم ماتت عن زوج وابن وبنت ثم مات المعتق فميراثه لابنها خاصّة؛ لأنه عصبتها لا غير.

ولو أعتَق أمةً ومات المعتِق عن ابن والابن والابن عن أخ لأمه ثم ماتت المعتَقة فالميراث لعصبة المعتِق ولا شيء للأخ لأم؛ لأنه أجنبي من المعتِق وكذا لا شيء لأخ المعتِق لأمه؛ لأنه ليس بعصبةٍ لَهُ والولاء للعصباتِ لما عرف في كتاب الولاء والله أعلم.

(باب مخارج السهام)

المخارج سبعة: اثنان وثلاثة وأربعة وستة وثمانية واثنا عشر وأربعةٌ وعشرون، فالنصف يخرج من اثنتين والثلث والثلثان من ثلاثة والربع والنصف من أربعة والسدس والسدسان والثلث والثلثان يخرج من ستة والثمن والنصف والربع يخرج من ثمانية وجميع هذه السهام تخرج من اثني عشر غير الثمن، وكلها تخرج من

أربعة وعشرين ثلاثة منها تعول وهي ستة واثنا عشر وأربعة وعشرون فستة تعول إلى سبعة وثمانية وتسعة وعشرة فقط تعول شفعا ووترًا واثنا عشر تعول إلى ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر فقط تعول وترًا لا شفعًا وأربعة وعشرون تعول عولة واحدةً إلى سبعة وعشرين قال عامّة الصحابة الفرائض تعال فيقسم المال بين الورثة على قدر سهامهم ولا يخص بعض الورثة بالضرر دون البعض.

وقال ابن عباس: لا تعال بل يلحق النقصان بمن هو صاحب الفرض في حال عصبة في حال كالبنت والأخت.

والصحيح قول العامة؛ لأن الله تعالى لما جمع هذه السّهَام في مال مطلقا مع أن المال الواحد لا يتسع لذلك علم أن المراد منه إلحاق النقصان بالكل عملًا بإطلاق الجمع فصار إلحاق النقصان بالكل ثابتًا مقتضى جميع هذه السهام، والثابت بمقتضى النصّ كالثابت بالنصّ؛ لأن هذه السهام كلها سواءٌ في الثبوت لاستوائها في دليل الثبوت فلا يجوز تخصيص البعض بالنقصان لما فيه إجحاف بهم وصار كالديون والوصايا إذا اجتمعت وضاقت التركة عن إيفائها يصرف كل واحد بقدر حقّه حتى يدخل الضّرر على الكلّ فكذا هذا.

ثم الفرائض إذا اجتمعت فلا يخلو إما أن تكون عادلة أو عائلة أو ناقصة، فإن كانت عادلة بأن تكون سهام الورثة مثل سهام المال مثال: زوج وأخت لأب وأم فالمال بينهما نصفان ومثل: زوج وأم وأخت لأب وأم أصلها من ستة وسهامهم من ستة ونحو ذلك.

وأما العائلة، فهي أن تجاوز سهامهم المال مثاله: زوج وأمٌّ وأختٌ لأب وأم أصلها من ستة للزوج النصف ثلاثة وللأم الثلث سهمان وللأخت النصف ثلاثة فقد عالت إلى ثمانية.

وقال ابن عباس: للزوج النصف ثلاثة وللأم سهمان بقي سهم للأخت فقد ألحق النقصان بها، مثال ما يعول من أربعة وعشرين إلى سبعة وعشرين: زوجة وأبوان وبنتان أصلها من أربعة وعشرين، للمرأة الثمن ثلاثة وللأبوين السدس ثمانية وللبنتين الثلثان ستة عشر فقد عالت إلى سبعة وعشرين فهذه المسألة تسمّى المنبرية

لأنها سئلت من علي رضي الله عنه وهو على المنبر عن فرض المرأة في هذه المسألة فأجاب على البديهة قال صار ثمنها تسعًا.

وأمّا الناقصة، وهو أنه إذا استوفوا أصحاب الفرائض سهامهم بقي شيء من المال فيرد عليهم بقدر سهامهم وهي مسائل الردّ.

(باب الردّ)

قال عمر وعلي رضي الله عنهما: الفاضل عن سهام ذوي السهام ترد عليهم بقدر سهامهم إلا الزوجين وبه أخذ أصحابنا.

وقال عثمان: يرد على الزوجين أيضًا.

وقال زيد بن ثابت: يوضع الفاضل في بيت المال، وبه أخذ مالك والأوزاعي والشافعي رحمهم الله.

والصحيح قولنا[(١)]؛ لقوله عليه السلام: "**مَنْ تَرَكَ مَالًا فَلِوَرَثَتِهِ، ومن ترك كلًا وعيالًا فعليَّ**"[(٢)] ولأن القرابة علة مستدعية لاستحقاق الكل لما بينا إلا أنها تقاعدت عن إفادة استحقاق الكل حالة الاجتماع للمزاحمة بالإجماع فبقيت مفيدة استحقاق الكل حالة الانفراد فوجب أن يستحق صاحب الفرض الفاضل عن سهمه حالة الانفراد ويقدر سهمه حالة المزاحمة والمعارضة بخلاف الزوجين؛ لأن قرابتهما قاصرة ليست لهما قرابة الرحم والولادة فلا يستحقان بالزوجية إلا الفريضة

---

(١) انظر: بداية المجتهد ٢٨٢/٢، والمهذب ٣٢٧/١، والمغني ٤٨٢/٤ - ٤٨٣ ط. الرياض، وكشاف القناع ٤٨٣/٣، وفتح القدير ٢٤٤/٦، وابن عابدين ٤٦٣/٥، ٤٨٣.

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٥٢٥٧). وأحمد ٢٩٦/٣ (١٤٢٠٥ و١٤٢٠٦). وعبد بن حميد (١٠٨٢). وأبو داود (٢٩٥٦) قال: حدثنا أحمد بن حنبل. وفي (٣٣٤٣) قال: حدثنا محمد بن المتوكل العسقلاني. و«النسائي» ٦٥/٤، وفي «الكبرى» (٢١٠٠) قال: أخبرنا نوح بن حبيب القومسي. و«ابن حبان» (٣٠٦٤) قال: أخبرنا عبد الله بن محمد الأزدي، قال: حدثنا إسحاق بن إبراهيم.

خمستهم: (أحمد بن حنبل، وعبد بن حميد، ومحمد، ونوح، وإسحاق) عن عبد الرزاق بن همام، عن معمر بن راشد، عن محمد بن مسلم الزهري، عن أبي سلمة، فذكره.

إظهار القصور وقرابتها ثم ينظر إن كان الردّ على جميع من في المسألة يجعل مبلغ سهام الردّ سهام المسألة ويقسط الزائد وذلك لا يخلو من أربعة أعداد اثنين وثلاثة وأربعة وخمسة، مثال الاثنين: جدة وأخت لأم للجدّة السدس وللأخت السدس والباقي رد عليهما بقدر سهامهما فأصلها من ستَّة وعاد بالردّ إلى سهمين فيكون المال بينهما نصفين، مثال الثلاثة: جدَّة وأختان لأم للجدَّة السدس من ستة والأختين لأم الثلث سهمان فتكون المسألة من ثلاثة، مثال الأربعة: بنت وأم فللبنت النصف ثلاثة من ستة وللأم السدس سهم فتكون المسألة من أربعة، ومثال الخمسة: أربع بنات وأم تكون المسألة، وإن كان الردُّ على بعض من في المسألة بأن كان معهم زوج أو زوجة، فإنه تصحح سهام من يرد عليهم أولا كأنه ليس معهُم زوج أو زوجَة ثم ينظر إلى أصل فريضة من لا يرد عليهم فيعطى له فرضه ثم الباقي إن كان ينقسم على سهام من يردَّ عليهم فقَد استقامت المسألة، وإن كان لا ينقسم يضرب عدد سهام الرد في أصل فريضة من لا يرد عليه فما اجتمعت صحت منه المسألة **مثال الأول**: زوجة وأم وأخ لأم فأصل سهام من يرد عليهم ستة للأم الثلث سهمان والأخ لأم السدس سهم فسهام الرد ثلاثة ثم أصل فريضة الزوجة أربعة فيعطي لها فرضها سهم يبقى ثلاثة استقام على سهام الردّ، **ومثالُ الثاني**: زوج وخمس بنات فأصل فريضة الزوج أربعة للزوج سهم بقي ثلاثة انكسر على سهام الرد وهي خمسة يضرب خمسة في أربعة فيصير عشرين للزوج خمسة وللبنات خمسة عشر. زوج وبنت وبنت ابن فسهام الرد أربعة للبنت ثلاثة ولبنت الابن سهمٌ وأصل فريضة من لا ترد عليه أربعة للزوج ربعهَا سهم يبقى ثلاثة انكسر على سهام الرد وهي أربعة فاضرب أربعة في أربعة يبلغ ستة عشر للزوج أربعة وللبنت تسعة ولبنت الابن ثلاثة، وإن كانت بنات الابن خمسة والمسألة بحالها فثلاثة لا يستقم عليهن فاضرب خمسة في ستة عشر فيصير ثمانين فمنها تصح المسألة.

(باب تصحيح المقاسمة)

تصحيح المقاسمة من ستة أوجه: اثنان في السهام وأربعة في الرؤوس.

أما اللذان في السَّهام: فأحدهما إن انكسرت السهام على البعض ولم يكن بين سهامهم وعدد رؤوسهم موافقة فاضرب عدد من انكسر عليهم في أصل المسألة وعولهَا إن كانت عائلة فما اجتمع صحت منه المسألة مثالهُ: بنت وثلاثة إخوة لأب وأمّ أو لأبٍ فأصلها من اثنين سَهْمٌ للبنت صحَّ عليها وسهمٌ للإخوة انكسر عليهم فاضرب عددهم ثلاثة في أصل المسألة وهو اثنان فصار ستة فمنها تصح المسألة، وكذلك ثلاث بنات وعصبة أصلها من ثلاثة سهمان لهنَّ انكسر عليهنَّ فاضرب عدد رؤوسهنَّ في ثلاثة فصار تسعة فمنها تصح المسألة، فإن كانت الورثة بعضها عصبة ذكورا وإناثًا ضوعف عدد الذكور ثم يضم إليه عدد الإناث؛ لأن كل ذكر قام مقام اثنين في الميراث كابن وبنت وأب أصلها من ستة للأب سهم بقي خمسة لا تستقيم على ثلاثة فاضرب ثلاثة في ستة فصار ثمانية عشرَ فمنها تصح المسألة والثاني إن انكسر السهام على البعض وبين سهامهم وعددهم موافقة بجزأ مثل نصف وثلث وربع ونحوه فخذ الجزء الموافق من العدد المنكسر عليه السهام فاضربه في أصل المسألة وعولها إن كانت عائلة فما اجتمع تصح منه المسألة مثالهُ: أربع بنات وعصبة للبنات الثلثان من ثلاثة انكسر عليهنَّ وبين عددهنَّ وسهامهنّ موافقة بالنصف فاضرب الجزء الموافق من عددهنَّ وهو اثنان في أصل المسألة وهو ثلاثة فصار ستَّة فمنها تصح المسألة ومثال آخر: امرأة وأربعة بنين وست بنات للمرأة سهمٌ من ثمانية والباقي لا يستقيم على أربعة عشرَ وبين سهامهم وعددهم موافقة بالسبع فخذ الجزء الموافق من عددهم وهو اثنان فاضربه في أصل المسألة وهو ثمانية فصار ستة عشر فمنها تصح المسألة فطريق معرفة الجزء الموافق اثنان أحدهما: أن ينقص أقل العددين من أكثرهما مرَّة بعد أخرى إلا أن يفني الأقلُّ الأكثرَ على استواء ثم انظر إلى المفني، فإن كان المفني واحدًا فلا موافقة بينهما، وإن كان أكثر من واحدٍ فبينهما موافقة ثم انظر إلى واحد من المفني بكم ينسب إلى جميعه، فإن كان ينسبُ بالنصف فبينهما موافقة بالنصف، وإن كان ينسبُ بالثلث فبينهما موافقة بالثلث وهكذا قياسه مثاله: خمسة عشر وخمسة وعشرين ينقص خمسة عشَرَ من خمسة وعشرين يبقى عشرة ثم ينقص عشرة من خمسة عشرَ يبقى

خمسة ثم ينقص خمسة من خَمسة فالمفني خَمسة والواحد من خمسة يسمَّى خُمسا فبينهما موافقة بالخمس والثاني وهو الأسهل أن ينظر إلى عددين إن كان لكل واحد نصف صحيح فبينهما موافقة بالنصف كالأربعة مع السنة، وإن كان لكل واحد نصف وثلث وسدس كالستة مع اثني عشر يؤخذ الجزء الموافق من الأصل وهو السدس؛ لأن ضرب الأقل يكفي وهكذا قياسه.

وأمَّا الأربعة التي في الرؤوس فعلى أربعة أوجه: إما أن وقع الكسر على عددين، أو أكثر متماثلين، أو متباينين، أو متداخلين، أو متوافقين.

أمَّا الأول: إن انكسرت السهام على عددين متماثلين أو ثلاثة أو أربعة أعداد متماثلة ولا يقع الكسر على أكثر من هذا فضرب أحد العددين أو أحد الأعداد في أصل المسألة وعولها يكفي مثال العددين: ثلاثة إخوة لأب وأم وثلاثة إخوة لأمّ وقد انكسر نصيب كل فريق عليه فضربنا أحدهما في أصل المسألة وهو ثلاثة فصَار تسعة فمنها تصح المسألة، وكذلك ثلاث جدات وثلاث أخوات لأب وأمّ وثلاثة أعمام للجدات سهم من ستة وللأخوات أربعة وللأعمام سهم وقد انكسر على كل عدد نصيبه فضربنا أحد الأعداد وهو ثلاثة في أصل المسألة وهو ستة فصار ثمانية عشر فمنها تصح المسألة وطريق معرفة نصيب كل فريق أن يضرب ما كان لكل فريق في أصل الفريضة في مبلغ عدد الرؤوس، فما اجتمع فهو نصيبه كان للجدات سهم صار مضروبا في ثلاثة فيكون ثلاثة فهي لهن لكل واحدة سهمٌ وكان للأخوات أربعة صارت مضروبة في ثلاثة فصار اثني عشر لكل واحدة أربعة وكان للأعمام سهم صار مضروبا في ثلاثة فيكون ثلاثة لكل واحد سهم، **والثاني**: إن انكسرت السهام على عددين متباينين أو أعداد متباينة فاضرب أحد العددين في الآخر فما اجتمع فاضربه في العدد الثالث فما اجتمع عدد الرؤوس فاضربه في أصل المسألة. مثال العددين: ثلاث أخوات لأبٍ وأم وأختين لأم فاضرب ثلاثة في اثنين فصار ستة ثم اضرب ستة في أصل الفريضة وهو ثلاثة فصار ثمانية عشر فمنها تصح المسألة، مثال الأعداد وطريق معرفة نصيب كل فريق: أن يضرب ما كان لهم في أصل الفريضة في جميع مبلغ الرؤوس فما بلغ فهو نصيبهم كان للأخوات لأب وأم

سهمان مضروبان في ستة فيكون اثني عشر فهو لهنَّ والأختين لأم سهم مضروب في ستة فهي لهما وطريق معرفة نصيب كل واحدٍ من كل فريق أن يضرب لهم ما كان لهم في أصل الفريضة في عدد رؤوس من خالفهم فما بلغهم فهو نصيب كل واحد منهم كان للأخوات لأب وأم سهمان اضرب في عدد للأختين لأم فيكون أربعة فهي لواحدة والأختين لأم سهم اضرب في عدد الأخوات لأب وأم وهو ثلاثة فيكون ثلاثة فهي لواحدة منهما مثال الأعداد: زوجتان وثلاث جدات فاضرب أحد الأعداد وهو اثنان في الآخر وهو ثلاثة فصار ستة ثم اضربها في العدد الثالث وهو خمسة فصار ثلاثون فهذا مبلغ الرؤوس ثم اضربها في أصل الفريضة وهو اثنا عشر فيصير ثلاثمائة وستين وطريق معرفة نصيب كل فريق ما ذكرنا وطريق معرفة نصيب كل واحد كان للزوجين ثلاثة فاضربها في أحد عددين من خالفهما وهو ثلاثة فصار تسعة ثم اضرب تسعة في العدد الآخر وهو خمسة صار خمسة وأربعين وهذا للواحدة وهكذا قياسه والله أعلم. **والثالث**: إن انكسرت السهام على عددين متداخلين أو أعداد متداخلة فيكتفى بضرب الأكثر عن الأقل في أصل الفريضة وعن الأقل في أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة؛ لأن الأقل داخل في الأكثر وإنما يعرف المتداخل بأن كان أحدهما ضعف الآخر وأضعافه كما لو وقع الكسر في أربعة وثمانية أو في ثلاثة وتسعة أو في أربعة واثني عشر أو خمسة وخمسة عشر فضرب خمسة عشر يعني عن ضرب الخمسة في أصل الفريضة مثاله: أربع جدات وخمس بنات وعشرون عما أصلها من ستة وقد انكسرت السهام على الكل وعدد البنات والجدات داخلة في عدد الأعمام فاضرب عشرين في أصل الفريضة وهو ستة فيصير مائة وعشرين، **والرابع**: إن انكسرت السهام في عددين متوافقين ولا موافقة بين سهامهما وعددهما فاضرب الجزء الموافق من أحد العددين في كل الأجزاء فما اجتمع فاضربه في أصل الفريضة فما اجتمع صحت منه المسألة، مثاله: ست جدات وتسع بنات أصلها من ستة ولكن عاد بالرد إلى خمس فللجدات سهم من خمسة انكسر عليهن ولِلبنات أربع انكسر عليهن وبين عدد الجدات والبنات موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما في الآخر فصار ثمانية عشر ثم اضربهما في

أصل الفريضة وهو خمس فصار تسعين فمنها تصح المسألة وطريق معرفة نصيب كل نفر ما ذكرنا وطريق معرفة نصيب كل واحد أن يضرب ما كان في الجزء الموافق من رؤوس من خالفهم بعد الاختصار كان للجدات سهم ضربناه في الجزء الموافق من رؤوس البنات وهو ثلاثة فهي لكل واحدة وكان للبنات أربعة ضربناها في وفق الجدات وذلك اثنان فصار ثمانية فهي لكلّ واحدة، وإن انكسر على أعداد متوافقة ولا موافقة بين السهام والأعداد فوفق أكثر الأعداد وتوافق بين العددين الآخرين ثمَّ اضرب الموافق من أحدهما في الآخر فما اجتمع فاضربه في أصل الفريضة وعولها إن كانت عائلة مثال: عشر بنات وتسع جدات وأربع أخوات لأب وأم أصلها من ستة فوفق عدد البنات ثم توافق بين عدد البنات والإخوة وبينهما موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما في كل الآخر فصار سهمين، ثم اضربه في أصل الفريضة فصار ثلاثمائة وستين فمنها تصح المسألة، وإن انكسر على ثلاثة نفر وأحدهم يوافق أحد الآخرين بجزء يوافق الآخر بجزء واحد والعددان الآخران متباينان أسقط العدد الموافق ويعمل بالمتباينين كما ذكرنا؛ لأن ذلك أيسَرُ من الضرب في الجزء، والموافق مثاله: تسع جدات وأربع نسوة وستة إخوة لأبٍ وأمٍّ فعدد الإخوة يوافق عدد الجدات ثلاثة ويوافق عدد النسوة بنصفه ولا موافقة بين عدد الجدات والنسوة فيسقط العدد الموافق ويكتفي بعدد الجدات والنسوة ويضرب أحدهما في الآخر فما اجتمع فاضربه في أصل الفريضة فما اجتمع تصح منه المسألة، وإن انكسرت السهام على العددين المتوافقين أو على الأعداد المتوافقة وسهام الكل يوافق عددهم أو سهام البعض يوافق عدده فاطلب الموافقة بين السهام والرؤوس واختصر منهما على الجزء الذي يتفقان فيه ثم انظر إلى العدد المختصر وإلى غيره، فإن كانا عددين متساويين أو أعداد متساوية فضرب أحدهم يكفي، وإن كانا متداخلين أو أعداد متداخلة فضرب الأكثر يكفي، وإن كانت متوافقة فاضرب الجزء الموافق من أحدهما في جميع الآخر، وفي الأعداد اضرب وفق أحدهما في كل الآخر فما اجتمع فاضرب في وفق الثالث فما اجتمع فهو مبلغ عدد الرؤوس، ثم اضربه في أصل الفريضة فما اجتمع صحت منه المسألة مثال العددين: جد

وأربعة إخوة لأم وست أخوات لأب وأم أصلها من ستة وعالت إلى سبعة وبين رؤوس الإخوة لأم ونصيبهم وهو سهمان موافقة بالنصف فاختصر من رؤوسهم على النصف وهو اثنان وبين رؤوس الأخوات وسهامهن موافقة بالنصف فاختصر على النصف وهو ثلاثة وليس بين اثنين وثلاثة موافقة فاضرب أحدهما في الآخر فيصير ستة ثم اضربهما في أصل الفريضة فصار ستة وثلاثين، ومثال آخر: أربع نسوة وعشرة بنين وثماني بنات أصلها من ثمانية وبين رؤوس الأولاد ونصيبهم موافقة بالسبع فاختصرنا من رؤوسهم على السبع وذلك أربعة ورؤوس النسوة أربعة فهما عددان متساويان فيلغى أحدهما فمبلغ الرؤوس أربعة ثم اضربها في أصل الفريضة فصار اثنين وثلاثين فمنه تصح المسألة مثال التداخل: ست بنات وتسع أخوات لأب وأم أصلها من ثلاثة وبين نصيب البنات ورؤوسهن موافقة بالنصف فاختصرنا على النصف وذلك ثلاثة ولا موافقة بين نصيب الأخوات ورؤوسهن فأخذنا كل عددهن وهي تسعة والثلاثة داخلة في التسعة فضربنا تسعة في أصل الفريضة وهي ثلاثة فبلغ سبعًا وعشرين فمنه تصح المسألة ومثال الأعداد: زوجة وأربع جدات واثنا عشر إخوة لأم وست أخوات لأب وأم أصلها من اثني عشر وعالت إلى سبعة عشر وبين رؤوس الإخوة لأم ونصيبهن موافقة بالنصف وذلك ثلاثة وبين رؤوس الجدات وسهامهن موافقة بالنصف فاختصرنا من رؤوسهن على النصف وذلك اثنان فحصل ثلاثة أعداد اثنان متساويان فطرحنا أحدهما وضربنا الآخر في الثالث وهو اثنان فصار ستة ثم ضربناها في أصل الفريضة وعولها فصار مائة واثنين.

(باب المناسخة)

المناسخة: أن يموت الورثة قبل قسمة التركة، فالأصل فيه أن تصحح فريضة الميت الأول، وتصحح فريضة الميت الثاني، ثم تنظر إلى نصيب الميت الثاني من الفريضة الأولى، فإن استقام على ورثته فقد صحت المسألة من غير ضرب مثاله: ابن وبنت فمات الابن عن ابنين فالفريضة الأولى من ثلاثة والفريضة الثانية من اثنين ونصيب الميت الثاني من الفريضة الأولى سهمان يستقيمان على ورثته، وإن كان

نصيبُه لا يستقيم على سهام ورثته وليس بين نصيبه وسهامهم موافقَةٌ فاضرب الفريضة الثانية في الفريضة الأولى فما اجتمع تصح منه المسألة ويجعل كأن الميت الأول مات عن هذا المبلغ مثاله: زوج وبنت وعصبة ثم مات الزوج عن امرأة وعصبة فالفريضة الأولى من أربعة للزوج سهم وللبنت سهمان والباقي للعصبة ونصيب الزوج وهو سهم انكسر على فريضته ولا موافقة بين نصيبه وفريضته فاضرب فريضته وهي ثمانية في الفريضة الأولى فصار اثنين وثلاثين فيجعل كأن الميت الأول مات عن اثنين وثلاثين للزوج الربع ثمانية وللبنت النصف ستة عشر والباقي وهو ثمانية للعصبة فنصيب الزوج وهو ثمانية يستقيم على ورثته مثال آخر: ورثة الأول ابنان فمات أحدهما وترك بنتًا وأخًا قبل القسمة فالفريضة الأولى اثنان فكذا الثانية، للبنت النصف سهم والباقي للعم ونصيب ابن الميت من الفريضة الأولى لا يستقيم على ورثته فاضرب الفريضة الثانية في الأولى فصارت أربعة فمنها تخرج الفريضتان لابن الميت النصف سهمان يستقيمان على ورثته ولابن الحي سهمان من الفريضة الأولى وسهم من الثانية، وكذلك لو مات بعض ورثة الميت الثاني أو الثالث وإن سفل ولا يستقيم نفسه على فريضته ولا موافقة بينهما فاضرب فريضته في مبلغ الفرائض التي قبلها، وإن كان بين فريضة الميت الثاني وبين نصيبه موافقة فاضرب الجزء الموافق من فريضته في مبلغ الفرائض التي قبلها مثال الأول: اثنان فمات أحدهما وترك بنتًا فمات أحدهما ثم ماتت البنت قبل القسمة وتركت زوجًا وابنًا وعمًّا هو ابن الحيّ للميت الأول فالفريضة الأولى اثنان، وكذلك الثانية والفريضة الثالثة أربعة فاضرب أربعة في مبلغ الفريضتين الأوليين وهما أربعة فصار ستة عشر فيجعل كأن الأول مات وترك ستة عشر سهمًا وابنين فلكل ابن ثمانية ثم مات أحدهما عن بنت وأخ وترك ثمانية بينهما نصفان ثم ماتت البنت عن زوج وبنت عم وتركت أربعة أسهم يستقيم بين ورثتها ومثال الثاني: رجل مات وترك ابنين وبنتين فمات أحدهما عن امرأة وبنت وعصبة فالفريضة الأولى من ستة لكل ابن سهمان ولكل بنت سهم فقد مات أحد الاثنين عن سهمين ونصيبه لا يستقيم على فريضته إلا أن بين نصيبه وفريضته موافقة بالنصف فاضرب وفق فريضته وهو أربعة في الفريضة الأولى وهي ستة فصار أربعة وعشرين لكل ابن ثمانية فقد مات

الابن عن ثمانية للمرأة سهم وللبنت أربعة والباقي للعصبة، فإن ماتت البنت عن زوج وأم وعصبة فالفريضة الثالثة من ستة ونصيب الميت من الفريضة الثانية أربعةٌ وبينهما موافقة بالنصف فاضرب نصف فريضتها وذلك ثلاثة في مبلغ الفريضتين الأولَيين وذلك أربعة وعشرون فصار اثنين وسبعين فمنها تخرج الفرائض كلها.

(باب توريث ذوي الأرحَام)

قال عامة الصحابة: أن لهم ميراثا وهو مذهبنا.

وقال زيد وحده: لا ميراث لهم، وهو قول مالك والشافعي.

والصحيح قول العامة؛ لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلُواْ ٱلْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ﴾ [الأحزاب: ٦] أي بعضهم أولى بميراث البعض لانتفاء الاستحقاق بجهة أخرى بالإجماع ولقوله صلى الله عليه وسلم: "**الله ورسوله مَوْلَى مَنْ لَا مَوْلَى لَهُ، وَالْخَالُ وَارِثُ مَنْ لَا وَارِثَ لَهُ**"(١). والنص الوارد في الخال واردًا في الخالة دلالة لإيجاد أصلها.

ورُوي أنه لما مات ثابت بن أبي الدحداح قال رسول الله عليه السلام لقيس بن عاصم المنقري لما مات ثابت: "**هل تعرفون له فيكم نسبًا؟ فقال له: لا يعرف إلا ابن أخت فجعل النبي عليه السلام ميراثه لابن أخته**"، ولأن أصل القرابة سبب لاستحقاق الإرث صلة لما قدمنا فيستحق الإرث بالقرابة إلا أنّ هذه القرابة أبعد عن

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة ٢٦٣/١١ (٣١٧٧٤) قال: حدثنا وكيع. و«أحمد» ٢٨/١ (١٨٩) قال: حدثنا وكيع. وفي ٤٦/١ (٣٢٣) قال: حدثنا يحيى بن آدم. و«ابن ماجه» (٢٧٣٧) قال: حدثنا أبو بكر بن أبي شيبة، وعلي بن محمد، قالا: حدثنا وكيع. و«الترمذي» (٢١٠٣) قال: حدثنا بندار، قال: حدثنا أبو أحمد الزبيري. و«النسائي» في «الكبرى» (٦٣١٧) قال: أخبرنا إسحاق بن إبراهيم بن راهويه، قال: أخبرنا وكيع. و«ابن حبان» (٦٠٣٧) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا القواريري، قال: حدثنا محمد بن عبد الله بن الزبير.

ثلاثتهم: (وكيع بن الجراح، ويحيى بن آدم، وأبو أحمد، محمد بن عبد الله الزبيري) عن سفيان الثوري، عن عبد الرحمن بن الحارث بن عياش بن أبي ربيعة الزرقي، عن حكيم بن حكيم بن عباد بن حنيف الأنصاري، عن أبي أمامة بن سهل بن حنيف، فذكره.

سائر القرابات فخالفت عن سائر القرابات والمال متى لم يحل عن مستحق لا يجوز صرفه إلى بيت المال ثمَّ ذوو الأرحام لا يرثون مع عصبة وصاحب فرض إلا الزوجان لأنهما لا يردان عليهم فالعضل عنهما يستحقه ذوو الأرحام بالقرابة ويرثون بمعنى التعصيب لأنهم يرثون بالقرابة وليس لهم سهم مقدَّر فينزلون منزلة العصبات وهم أصناف أربعة صنف ينتمي إلى الميت بولاد كأولاد البنات وأولاد بنات الابن وصنف ينتمي إليه الميت بولاد كالجد الفاسد والجدات الفاسدة وصنف ينتمي إلى أبوي الميت كأولاد الأخواتَ كلهنَّ وأولاد الإخوة لأم وبنات الإخوة كلهم وصنف ينتمي إلى جدي الميت كالأخوال والخالات والأعمام لأم والعمات كلهن وبناتُ الأعمام كلهم وأولادها ولأيٍّ فأولاهم بالميراث الصنف الأول ثم الصنف الثاني عند أبي حنيفة وعندهما الصنف الثالث ثم الصنف الثاني لهما أولاد الإخوة والأخوات أولاد وارث الأجداد والجدات الفاسدة أولاد من ليس بوارث وفي ذوي الأرحام متى استوت الأقدام والدرجة، فإنه يقدم ولد الوارث على من ليس بولد وارث والصحيح قول أبي حنيفة؛ لأن الأجداد والجدات الفاسدة زيادة قرب واتصال بالميت؛ لأنه يتصل بالميت بواسطة فروعه باعتبار الجدوية والتعصبة واعتبار زيادة القرب أولى من اعتبار كونه ولد وارث؛ لأن علة الاستحقاق هي القرب دون الإدلاء بوارث والعلة تترجح بالزيادة من جنسها ثمَّ الصنف الثالث ثم الرابع من هوَ أقرب إلى الميت من أي صنف كان فهو أولى حتى لو ترك بنت بنت وأب أم فالميراث لأب الأم ولذا لو ترك أب أب أم وعمة أو خالة فالميراث للعمة والخالة لأنها أقرب.

(فصل في الصنف الأول)

فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت؛ لأن زيادة القرب من أسباب الترجيح مثاله بنت بنت وبنت بنت بنت فالمال كله لبنت البنت، وكذلك بنت أخت وبنت بنت أخت وإن استووا في القرب فمن كان ولد وارث بالفرض أو العصوبة فهو أولى؛ لأن لولد العصبة أو صاحب فرض زيادة قرب إلى الميت باعتبار زيادة وقرب أصله مثاله بنت بنت البنت وبنت بنت الابن فالمال لبنت بنت الابن لأمها ولد

صاحبة فرض، وكذلك بنت بنت أخت وبنت ابن أخ، وإن كان أحدهم أقرب والآخر أبعد ولكنه يدلي إلى الميت بوارث فالأقرب أولى؛ لأن العلةَ وهي القرابة تترجح بزيادة القرب لا بالإدلاء بوارث كما في العصبات إذا استوت بطل الترجيح بزيادة القرب لا بالإدلاء بوارث فكذا هذا.

مثاله: بنت بنت بنت وبنت بنت بنت ابن فالمال كله لبنت بنت البنت لأنها أقرب إلى الميت، وكذلك خالة بنت عم فالمال للخالة لأنها أقرب إلى الميت وبنت العم أبعد وإن كانت ولد وارث وأما ولد ولد الوارث هل هو أولى، فالصحيح أنه ليس بأولى مثاله: بنت بنت بنت وبنت بنت بنت ابن فالمال بينهما نصفان؛ لأن كل واحدة تدلي إلى الوارث بواسطة والعلة وهي القرب لا تترجح بالإدلاء بوارث لما بينا وقد تساويا في القرب فتساويا في الاستحقاق، وإن استووا في القرب وإن لم يكن أحدهم ولد وارث، فإن اتفقت الآباء والأمهات فالمال بينهم بالسوية إن كان الكل ذكورا أو إناثا، فإن كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الأنثيين مثاله: بنت بنت بنت وابن بنت بنت فالمال بينهما أثلاثًا، وإن اختلفت الآباء والأمهات فعند أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة العبرة لأبدانهم لا لأصولهم، وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة لأبدانهم لا لأصولهم، وعند محمد وهو رواية عن أبي حنيفة العبرة لأصولهم فيقسم المال ولا على أصولهم ويعتبر الأصل الواحد متعددًا بتعدد أولاده ثم يعطي لكل فرع ميراث أصله ويجعل كل أنثى أدلت إلى الميت بالذكر ذكرًا وكل ذكر أولى بالأنثى أنثى وسواء كان أولادهما بأب واحد أو أكثر وبأم واحدة أو أكثر ثم تقسم سهام كل فريق بينهم بالسوية إن اتفقت صفاتهم وإن اختلفت فللذكر مثل حظ الأنثيين.

لمحمد: أنه يوجد حكم الفروع من الأصول، فإن الفروع يستحقون الميراث بواسطة الأصول فيجب أن تكون العبرة في القسمة للأصول لا للفروع اعتبارًا للأصالة والتبعية.

لأبي يوسف: أن ذوي الأرحام يرثون بالقرابة والتعصيب وكل واحد مستبد

مستقل بنفسه في أصل الاستحقاق فتكون بالعبرة لأبدانهم في القسمة لأنها بناءً على الاستحقاق كما في العصبات الحقيقية.

مثاله: بنت بنت بنت وبنت ابن بنت عند أبي يوسف المال بينهما نصفان اعتبارًا للأبدان، وعند محمد سهمان لبنت ابن البنت اعتبارًا لأصلها، فإنه ذكر وسهم لبنت بنت البنت؛ لأن أصلها أنثى فكأنَّه مات عن ابن بنت وبنت بنت بنت ابن بنت وابن بنت بنت فعند أبي يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وعند محمد على عكسه لبنت ابن البنت سهمان ولابن بنت البنت سَهم بين ابن بنت وابني بنت بنت فعند أبي يوسف ظاهر، وعند محمد يقسم على الآباء على ستة للأوليين سهمان لإدلائهما إلى الميت بابنين فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين وللآخرين أربعة لإدلائهما إلى الميت بذكر فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين فصار المال بين الفريقين أثلاثًا وقد انكسر بين كل فريق بالأثلاث فاضرب ثلاثة في ثلاثة فصار تسعة فمنها تصح المسألة بنتي بنت بنت وابني بنت بنت وبنتي ابن بنت وابني ابن بنت فقد اختلف البطن الثاني فعند محمد الثلث للفريقين الأوليين للذكر مثل حظ الأنثيين وثلثاه للآخرين بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين لها من ثلاثة سهم للأوليين لا يستقيم على ستة وسهمان للآخرين لا يستقيمان على ستة وبين نصيبهم وهو سهمان وبين عددهم موافقة بالنصف فاختصرنا من عددهم على النصف وذلك ثلاثة فالعدد الآخر ستة والثلاثة داخلة في ستة فضربنا ستة في أصل المسألة وهو ثلاثة فصارَ ثمانية عشرَ فمنها تصح المسألة وإذا اختلفت البطون على التعاقب فعند محمد يقسم المال أولا على البطن الأعلى ثم الباقي يقسم على البطن الثاني ثم على الثالث فهكذا إلى أن ينتهي، وإن انكسر على بطن فاضرب العدد المنكسر أو الجزء الموافق إن كان بين رؤوسهم ونصيبهم موافقة في أصل المسألة مثاله: بنت بنت بنت ابن وبنت بنت ابن بنت وبنت ابن بنت بنت وبنت بنت بنت بنت يقسم المال على البطن الأعلى وأنه ذكر للرابعة وللباقيات ابنان فيكون المال بينهم على خمسة سهمان للذكر وثلاثة للإناث ثم الباقي وهو ثلاثة يقسم على البطن الثاني وهو ذكر للثالثة وللباقين أنثى فيكون الثلث بينهما نصفين نصفه للذكر وقد انكسر

بالنصف فاضرب اثنين في خمسة فصار عشرة فمنها تصح المسألة الأولى أربعة وللثانية نصف الباقي وذلك ثلاثة وسهمان للثالثة؛ لأن بطنها ذكر، وسهم للرابعة لأن بطنها أنثى ابن وبنت بنت ابن وابن وبنت ابن بنت وابن وبنت بنت يقسم المال على البطن الأعلى وأنه ذكر لنفر الأول ولنفر الآخرين أنثى فيجعل أصل فريضته من سهمين؛ لأن المال بين ذكر وأنثيين نصفان فيكون للبطن الأول سهم وللآخر بين سهم وسهم الأول لا يستقيم على ولديه أثلاثًا فاضرب ثلاثة في أصل الفريضة وهو اثنان فصار ستة والبطن الأول ثلاثة يستقيم على ولديه بقي ثلاثة يقسم على البطن الثاني وأنه ذكر لولديه وأنثى للأخير فيكون للبطن الثاني سهمان لا يستقيمان على ولديه أثلاثًا فاضرب ثلاثة في أصل الفريضة وهو ستة فصار ثمانية عشر فمنها تخرج المسألة ابن وبنت بنت بنت ابن وابن وبنت بنت بنت ابن بنت وابن وبنت بنت ابن بنت بنت وابن وبنت ابن بنت بنت بنت وابن وبنت بنت بنت بنت يقسم على البطن الأول وأنه ذكر لنفر الأول وللباقين أنثى فتكون أصل الفريضة من ستة للذكر سهمان ولأربع إناث أربعة فاختصر من ستة على ثلاثة للبطن الأول سهم لا يستقيم على ولديه أثلاثًا فاضرب ثلاثة في ثلاثة فصار تسعة ثلاثة للبطن الأول بقي ستة يقسم على البطن الثاني وأنه ذكر لنفر الثاني وللثلاثة أنثى فيقسم بينهم على خمسة أسهم وستة لا يستقيم على خمسة فاضرب خمسة في تسعة فصار خمسة وأربعين فمنها تصح المسألة للبطن الأول ثلاثة صارت مضروبة في خمسة فصار خمسة عشر يستقيم على ولديه أثلاثًا بقي ثلاثين يقسم على البطن الثاني وأنه ذكر لنفر الثاني وللثلاثة أنثى فيكون بينهم على خمسة سهمان منه للذكر وهما اثنا عشرَ بقي ثمانية عشرَ يقسم على البطن الثالث وأنه ذكر للثالث وللباقين أنثى فيكون بينهم على أربعة سهمان للذكر وذلك تسعة يستقيم على ولديه أثلاثًا بقي تسعة يقسم على البطن للرابع وأنه ذكر لِلرابع وللأخير أنثى فيكون بينهما على ثلاثة للذكر سهمان وذلك ستّة يستقيم على ولديه وبقي ثلاثة للبطن الأخير يستقيم على ولديه أثلاثًا والله أعلم.

(فصل)

وذو قرابتين من جهتين من ذوي الأرحام يورث من جهتين عند محمد فله سهام ولذي قرابة واحدة سهم وهو رواية عن أبي يوسف، وفي رواية عنه لا يورث من جهتين؛ لأن ذوي الأرحام يرثون بالتعصيب وقرابة العصوبة قرابة واحدة، وإن كانت من جهتين كما في سائر العصبات الحقيقية فكذا هذا.

لمحمد: أن المعتبر عنده في توريثهم قرابة الأصول فجاز أن يرث بقرابة أحد أصليه سهمان وبقرابة أصله الآخر وهي الأم سهم وصورته: رجل مات وترك بنت بنت بنت وبنت بنت بنت وهذه بنت ابن بنته، فإن كان لرجل بنتان لإحداهما بنت وللأخرى ابن فزوجت البنت من الابن فولدت بنتًا وماتت البنتان ثم مات الرجل فعند أبي يوسف المال بينهما نصفان، وعند محمد لذات قرابة واحدة سهم ولذات قرابتين سهمان ولو ولدت ابنًا فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وعند محمد لذات قرابة واحدة سهم ولذي قرابتين ثلاثة أسهم سهمان من قبل أصله الذكر فيسلم له بلا منازعة لتفرده بذلك الأصل، وسهم من قبل أصله الأنثى فيضمه إلى ما بدت قرابة واحدة فيصير سهمان فيكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين لاتحاد أصلهما في هذين السهمين واختلاف أبدانهما على ثلاثة وسهمان لا يستقيمان على ثلاثة فاضرب ثلاثة في أصل المسألة وهو أربعة فيصير اثني عشر قيمة تخرج المسألة.

(فصل في الصنف الثاني)

أصله: كل أم قبلها أب وكل أب قبله أم فهو من ذوي الأرحام؛ لأنه ليس بذي سهم ولا عصبة فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت مثاله: أب أم وأب أم أم وأب أم أب فالمال كله لأب الأم، فإن استويا في القرب وبعضهم يدلي إلى الميت بوارث قيل من يدلي إلى الميت بوارث أولى.

والصحيح أنه ليس بأولى بل يقسم المال بينهم بالسَّويَّة وهو قول محمد مثاله: أب أم الأم وأب أم الأب فالثلث لأب أم الأم والثلثان لأب أم الأب؛ لأن كل واحد

منهما يقوم مقام أصله في الإرث، فإن أب أم الأب يدلي إلى الميت بالأب والآخر بالأم.

وإن كانوا من جانب واحد، فإن كان كلهم ذكورًا أو إناثًا فالمال بينهم بالسويّة.

وإن كانوا مختلطين فللذكر مثل حظ الأنثيين.

وإن اختلفت أصولهم في الذكورة والأنوثة، فإن كانوا من جانب واحد فمن أدلى إلى الميت بالذكر فله سهمان، ومن أدلى بالأنثى فله سهم إلى أن ينتهي على حسب ما قسم في أولاد البنات مثاله: أب أب أم وأب أم أم ثلثاه لأب أب الأم وثلثه لأب أم الأم.

وقال علي وابن مسعود رضي الله عنه: المال كلهُ لأب أب الأم؛ لأنه عصبة الأم واعتبار العصوبة هنا أولى من اعتبار الاتصال لصاحب الفرض؛ لأن سبب استحقاق الإرث العصوبة.

والصحيح قولنا؛ لأنهما يستويان في القرب والدرجة؛ لأن أحدهما إن كان ولد صاحب فرض فالآخر عصبة الأم فاستويا في علة الاستحقاق فلا يجوز حرمان أحدهما إلا أن لكل واحد يرث بواسطة أصله فيقوم مقام أصله في الإرث فيعطى له ميراث أصله جدا أم وأب أم أب فالثلثان لأب أم الأب والثلث لجدي الأم بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين أب أب أب أم وأب أب أم أب اختلف البطن الثاني، فعند محمد للأول الثلثان وللثاني الثلث أب أب أب أم وأم أب أب اختلف البطن الرابع فالمال بين الرابعين أثلاثًا للذكر مثل حظ الأنثيين.

وإن كانوا من الجانبين من جانب الأب ومن جانب الأم فالثلثان للمدلين بقرابة الأب فيكون بينهم أثلاثًا ثلثاه بقرابته من قبل الأب وثلثه لقرابته من قبل الأم والثلث للمدلين بقرابة الأم فيكون أيضا بينهم أثلاثًا ثلثاه لقرابته من قبل الأب وثلثه لقرابته من قبل الأم ولا يعتبر إدلاؤه بوارث عند محمد، وهذه تدل على أن من يدلي إلى الميت بوارث في هذا الصنف ليس بأولى مثاله: جدا أب ابنه وهما أب أم أب أبيه وأب أب أم أبيه وجدا أم أمه وهما أب أم أب أمه وأب أب أم أبيه فالثلثان لجدي أب ابنه والثلث لجدي أم أمه وما أصاب كل فريق فثلثاه للجد من قبل الأب والثلث للجد من قبل الأم.

(فصل في الصنف الثالث)

وهم أصناف ثلاثة: **فالأول:** بنات الإخوة وأولاد الأخوات لأب وأم **والثاني:** بنات الإخوة وأولاد الأخوات لأبٍ **والثالث:** أولاد الإخوة والأخوات لأم ثم ينظر إن انفرد صنف إلى صنف كان فللواحد فصاعدا كل المال ذكرا كان أو أنثى، فإن كانوا جماعةً فالأقرب أولى، وإن استووا في القرب فولدا الوارث أولى مثال: بنت ابن أخ لأب وأم وبنت ابن أخ لأب أو لأم فالمال لبنت ابن الأخ لأب وأم لأنها تدلي بوارث في حق ولد ولد الأب وأم وإن استووا في ذلك واتفقت أصولهم، فإن كانوا ذكورًا وإناثًا فللذكر مثل حظ الأنثيين إلا في أولاد الإخوة والأخوات؛ لأن المال سهم بالسوية ولا نفضل الذكر على الأنثى بالاتفاق؛ لأن العبرة في أولاد الأم للأصول لا للأبدان بالاتفاق وتقوم الفروع مقام الأصول مثاله: ابن أخ لأم وبنت أخ لأم فالمال بينهما نصفان، فإن اختلفت أصولهم فعند أبي يوسف العبرة لأبدانهم، وعند محمد العبرة لأصولهم كما ذكرنا في أولاد البنات مثاله: بنت أخ وابن أخت فعند أبي يوسف المال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وعند محمد لبنت الأخ سهمان لخروجها من الذكر ولابن الأخت سهم لخروجه من الأنثى بنت بنت أخ وابن بنت أخ وبنت ابن أخت فعند أبي يوسف المال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، وعند محمد اختلفت البطون فيقسم المال على البطن الأعلى وأنه أنثى لبنت ابن الأخت والباقين ذكر، فصار المال بينهم أخماسًا سهم لبنت ابن الأخت وأربعة أخماسه بين الباقين للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأن بطنهما متحد وذلك لا يستقيم على ثلاثة فاضرب ثلاثة في خمسة فصار خمسة عشر فمنها تصح المسألة وإن اجتمعت الأصناف الثلاثة فالأقرب أولى، فإن استووا في القرب فعند أبي يوسف من كان لأب وأم أولى ثم من كان لأب ثم من كان لأم، وعند محمد تعتبر الأصول من كل صنف لأنهم يرثون بقرابة الأصول وفي الأصول الأبعد لا يصير محجوبا بالأقرب وكذا هذا ثم ما يستحقه الأصل يعطى لفرعه مثاله: بنت أخت لأب وأم وبنت أخت لأب وبنت أخت لأم فعند أبي يوسف المال كله لبنت الأخت لأب وأم لابنها أقرب إلى الميت لأنها تدلي بقرابتين وذوا قرابتين أقرب من ذي قرابة واحدة،

وعند محمد خمس المال لبنت الأخت لأم وخمسة لبنت الأخت لأب وثلاثة أخماسه لبنت الأخت لأب وأم فرضًا وردًا كالأصول ثلاث بنات أخوه متفرقين فعند أبي يوسف المال كله لبنت الأخ لأب وأم، وعند محمد السدس لبنت الأخ لأم والباقي لبنت الأخ لأب ولا شيء لبنت الأخ لأب؛ لأن الأخ لأب لا يرث مع الأخ لأب وأم. ثلاث بنات بني أخوه متفرقين فالمال كله لبنت ابن الأخ لأب وأم بالإجماع لأنها ولد وارث عند محمد وتدلي بذي قرابتين عند أبي يوسف بنت الأخت لأب وبنت الأخت لأم عند أبي يوسف بنت الأخت لأب وبنت الأخت لأم فعند أبي يوسف المال كله لبنت الأخت لأب لأنها تدلي بقرابة الأب وأنها آكد وأقوى من قرابة الأم وعند محمد لبنت الأخت لأب النصف وللأخرى السدس اعتبارًا للفروع بالأصول.

(فصل)

في الصنف الرابع فأولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت مثاله: عمة الأب وعمة الجد فعمة الأب أولى لأنها أقرب وإن استووا في القرب فمن كان لأبٍ وأم أولى ثم من كان لأب ثم من كان لأم مثاله: عمة لأب وأم وعمة لأب لأم فالمال كله للعمة لأب وأم عمة لأب وعم أو عمة لأم قال كله للعمة لأب عم وعمة لأم قال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، وكذلك الأحوال والحالات على هذا الترتيب، وإن اجتمع قرابة الأب وقرابة الأم يقسم المال بينهما أثلاثًا ثلثاه لقرابة الأب وثلثه لقرابة الأم مثاله: عمة وخال أو خالة فللعمة الثلثان وللخال أو الخالة الثلث والقياس أن لا يكون للخال والخالة شيء؛ لأن قرابة الأب أقوى من قرابة الأم كما لا شيء للعمة لأم مع العمة لأب لكن تركنا القياس فيه بإجماع الصحابة، فإنهم قالوا للعمة الثلثان وللخالة الثلث ثم ذو القرابتين من إحدى الطبقتين لا تحجب ذا القرابة الواحدة من الطبقة الأخرى إلا في رواية ابن سماعة عن أبي يوسف؛ لأن الصحابة جعلوا الميراث بين العمة والخالة أثلاثًا بلا تفصيل بين ذي قرابتين وبين ذي قرابة واحدة والإجماع المنعقد على الإطلاق يجب إجراؤه على إطلاقه مثاله: عمة لأب وأم وخالة لأب فالثلثان للعمة والثلث للخالة إلا في رواية عن أبي يوسف فالمال كله للعمة. خالة لأب وأم وعمة لأب فللعمة الثلثان وللخالة الثلث، وفي رواية

أبي يوسف كله للخالة وإن اجتمع قرابتان لأب وقرابتان لأم في كل طبقة فالثلثان لقرابتي الأب بينهما أثلاثًا ثلثاه لقرابته من قبل الأب وثلثه لقرابته من قبل الأم وثلثه لقرابتي الأم بينهما أثلاثًا وقد انكسرت الأثلاث فاضرب ثلاثة في ثلاثة فصار سبعة فمنها تصح المسألة، خال أمه وخالتها وعم أمّه وعمتها وخال ابنه وخالته وعم أبيه وعمته فالمال كلهُ لعمّ أبيه؛ لأنه عصبة، فإن لم يكن عم أبيه فالثلث لقوم أمه بين الخال والخالة والعم والعمة أثلاثًا، وكذلك الثلثان لقوم أبيه أثلاثًا انكسر الثلث على الفريقين وبثلث الثلث على قوم الأم فاضرب ثلاثة في ثلاثة فصار تسعة وعشرين فمنه تصح المسألة وأولاد هذه الأصناف فحكمهم حكم آبائهم في جميع ما ذكرنا عند عدم آبائهم، والله أعلم.

(باب توريث مولى الموالاة وولد الملاعنة والجنين والغرقى والحرقى والمفقود)

(فصل)

وتفسير مولى الموالاة[1]: رجل أسلم على يد رجل وقال: أنت مولاي ترثني إذا

---

(١) مولى الموالاة مركّب من لفظين: مولًى، والموالاة.

والمولى مأخوذ من الولاء، وهو النصرة والمحبّة، ويطلق المولى على: ابن العمّ وعلى العصبة عامّةً، وعلى المعتَق (بالفتح)، والمعتِق (بالكسر)، وعلى الحليف، والنّاصر. والموالاة لغةً: مصدر للفعل والى، يقال: والاه موالاةً وولاءً، من باب قاتل: تابعه. ومولى الموالاة اصطلاحًا هو: أن يؤاخي شخص مجهول النّسب شخصًا معروف النّسب ويوالي معه، كأن يقول: أنت مولاي ترثني إذا مت، وتعقل عنّي إذا جنيت، وقال الآخر: قبلت. أو يقول: واليتك، فيقول: قبلت بعد أن ذكر الإرث والعقل في العقد، ويسمّى هذا العقد "موالاةً" والشّخص المعروف النّسب: "مولى الموالاة".

واختلف الفقهاء في ميراث مولى الموالاة:

فذهب جمهور الفقهاء من المالكيّة والشّافعيّة والحنابلة وابن شبرمة والثّوري والأوزاعي إلى أنّ عقد الموالاة ليس سببًا من أسباب الإرث.

=

مت وتعقل عني إذا حييت وقتل الآخر فهو صحيح خلافا للشافعي حتى لو مات الموالي يرث مولى الموالاة ويعقل عنه إذا جنى لما عرف في كتاب الولاء، ولو اتفقا على توريث كل واحد منهما، فإنه يرث كل واحد منهما عن صاحبه بخلاف مولى العتاقة، فإن الأعلى يرث من الأسفل والأسفل يرث من الأعلى والفرق أن ثمة سبب الإرث إنما هو الإحياء يعني الإعتاق وقد وجد من الأعلى دون الأسفل

=

وذهب الحنفيّة إلى أنّ عقد الموالاة سبب من أسباب الإرث، ومرتبته بعد مولى العتاقة، فإذا أسلم شخص مكلّف على يد رجل مسلم ووالاه، وعاقده على أن يرثه، كأن يقول: أنت مولاي ترثني إذا مت وتعقل عنّي إذا جنيت، فيقول الآخر: قبلت، صحّ هذا العقد، فيرثه إذا مات بعد ذكر الإرث والعقل، وعقله عليه وإرثه له.

وكذا لو شرط الإرث والعقل من الجانبين، فيرث كل منهما صاحبه إذا مات قبله.

و يشترط لصحّة عقد الموالاة عند الحنفيّة:

أ- أن يذكر الميراث والعقل في العقد، لأنّه يقع على ذلك، فلا بدّ من ذكره في العقد، وإن شُرِط الإرث والعقل من الجانبين كان كذلك، لأنّه ممكن، فيتوارثان بلا خلاف بين فقهاء الحنفيّة.

ب- أن يكون مجهول النّسب، وهذا محل خلاف بين علماء الحنفيّة، فذهب بعضهم إلى عدم اشتراط أن يكون مجهول النّسب، وقال ابن عابدين: وهو المختار.

ج- أن لا يكون عليه ولاء عتاقة، ولا ولاء موالاة قد عقل عنه، فإن عقل عنه فليس له الانتقال لتأكد العقد بالعقل عنه.

د- أن يكون حرًّا بالغًا عاقلًا، فلو عقد مع صبي مميّز أو مع عبد لا ينعقد إلّا بإذن الأب والسّيّد، فإن أذن الأب صحّ ويكون العقد للصّبيّ، كما يصح عقده مع العبد بإذن السّيّد إلّا أنّ العقد للسّيّد، فيكون العبد وكيلًا عنه في عقده.

هـ- أن لا يكون عربيًّا ولا مولى عربي، لأنّ تناصر العرب بالقبائل فأغنى عن الموالاة. وأن لا يكون عقل عنه بيت المال، لأنّه حينئذٍ يكون ولاؤه لجماعة المسلمين، فلا يملك تحويله إلى واحد منهم بعينه.

وأمّا الإسلام فليس بشرط، فتجوز موالاة المسلم الذّمّيّ وعكسه، والذّمّي الذّمّيّ وإن أسلم الأسفل، لأنّ الموالاة كالوصيّة في صحّتها من المسلم والذّمّيّ للمسلم أو الذّمّيّ، لكن بينهما فرق من جهة أنّ الموصى له يستحقها بعد موت الموصي مع اختلاف الدّين، بخلاف المولى فإنّه لا يرث مع اختلاف الدّين.

وهنا سبب الإرث العقد والشرط وقد وجد ذلك منهما جميعًا، وكذلك مجهول النسب إذا عقدَ عقد الموالاة مع إنسان على أن يرثه ذلك الإنسان إذا مات ويعقل عنه إذا جنى وقتل ذلك الإنسان، صحّ ويدخل في الولاء أولاده الصغار ومن يولد بعد ذلك، وكذلك المرأة إذا عقدت عقد الموالاة مع إنسان يدخل أولادها فيه عند أبي حنيفة ويجوز للمولى فسخ هذا العقد إلا أن يكون العاقل عقل عنه أو عن ولده ويجوز للقابل فسخه إلا أن يكون العاقل عقل عنه أو أن ولده ورث مولاه.

(فصل)

وولد الملاعنة والزنا كشخص لا قرابة له من جهة الأب يرث من قرابة أمه ويرثون منه حتى لو مات وترك ابنًا وأمًّا فللأم السدس والباقي للابن، ولو ترك أمًّا وبنتًا فللبنت النصف وللأم السدس والباقي رد عليها، ولو ترك زوجًا أو زوجة أو صاحب فرض من قبل أمّه يعطي أصحاب الفرائض فرائضهم والباقي ردّ عليهم إلا الزوجان وهو قول عليّ وبه أخذ أصحابنا رضي الله عنهم، وقال ابن مسعود رضي الله عنه: ما فضل من ذوي السهام فللأم ويجعل الأم عصبة، وكذلك قوم الأم.

والصحيح قولنا ؛ لأنها أنثى والأنثى صاحبة فرض بنصّ الكتاب، وإنما تصير الأنثى عصبة بغيرها ولم يوجد من يعصبها فبقيت صاحبة فرض كما نطق به الكتاب فلا يجوز الزيادة على فرضه، فإن ترك أمّه وأخاه لأمّه وابن الملاعن من غير الملاعنة فللأم الثلث ولأخيه السدس والباقي رد عليهما ولا شيء لابن الملاعن لأنه لا أخ له من جهة الأب ولو لم يترك أصحاب الفرائض ولا عصبة فالميراث لذوي أرحامه من قبل أمه فالجواب في ولد الملاعنة كالجواب في ولد المرشدة مات وليس له أب ولا قوم أب، ولو مات ولد ابن الملاعنة يرثه قوم أبيه وهم الإخوة والأخوات لأم ولا يرثه قوم جده وهم الأعمام والعمات لأب وأم أو لأب وجد أب ابنه.

(فصل)

عن أبي حنيفة رضي الله عنه في الحمل أنه يوقف لأجل الميراث أربعة بنين؛

لأنه يتصور ولادة أربعة أولاد في بطن واحد فيوقف نصيبهم احتياطًا، وعن أبي يوسف في رواية ميراث ابنين وهو قول محمد؛ لأن ولادة اثنين معتاد وفي رواية عنه ميراث ابن واحد وعليه الفتوى؛ لأن ولادة الواحد معتادة غالبة وولادة ما فوقه موهومة محتملة والحكم يبنى على الظاهر الغالب دون المحتمل المتوهم، فإن كان في الورثة من لا يرث مع الحمل لا يدفع إليه شيء حتى يظهر؛ لأنه وقع الشك في استحقاقه فيتوقف، وإن كان معه من لا يتغير فرضه بالحمل دفع إليه أقل النصيبين ووقف الباقي كالأب والأخت؛ لأن الأقل متيقن وما زاد عليه مشكوك فيه، وإن ولد ميتًا لم يرث وإن ولد حيًا لأقل من سنتين يثبت النسب ويرث ويورث منه ولأكثر فلا لما عرف وإنما يعرف انفصاله بأن يتنفس كما ولد إذا استهل بأن سمع منه عطاس أو تحرك بعض أعصابه كساقيه وعينيه ويديه؛ لأنه علم كونه حيًا بهذه الأشياء.

وأصله: قوله عليه السلام: "**إِذَا اسْتَهَلَّ الصَّبِيُّ، وَرِثَ، وَصُلِّيَ عَلَيْهِ**"(١)، فإن خرج أكثره حيًا ومات يرث، وإن خرج أقله حيًا ومات لا يرث اعتبارًا للأكثر(٢).

ولو ولدت ابنًا وبنتًا وقد استهل أحدهما ومات ولا يعرف أيهما هو وللميت الأول هذه المرأة وابن آخر فالطريق فيه أن يجعل كأن الابن استهل وتصحح الفريضة بين الابن والبنت والمرأة ثم ينظر إن كان بين الفريضتين موافقة فاضرب وفق الفريضة الثانية في الفريضة الأولى ثم أضعف ما اجتمع فمنه تصح المسألة، وإن لم يكن بينهما موافقة فاضرب أحدهما في جميع الأخرى فما اجتمع فأضعفه فمنه تصح المسألة، بيانه: أن الفريضة بين الاثنين والمرأة تصح من ستة عشر فنصيب الابن المستهل سبعة فيقسم ذلك بين أمّه وأخيه على ثلاثة لأمّه الثلث ولأخيه الثلثان وسبعة لا يستقيم على ثلاثة فاضرب ثلاثة في ستة عشر فصار ثمانية وأربعين للمرأة منه ستة ولكل ابن أحد وعشرون وذلك يستقيم على ثلاثة أربعة

---

(١) أخرجه الترمذي (٣٤١/٣ - ط. الحلبي) والحاكم (٣٤٩/٤ - ط. دائرة المعارف العثمانية) من حديث جابر، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي، واللفظ للحاكم.

(٢) انظر: رد المحتار ٥٩٥/١.

عشر للأخ وسبعة للأم فيصير للأم ثلاثة عشر وللأخ خمسة وثلاثين ثم الفريضة بين الابن والبنت والأم يصح من أربعة وعشرين للمرأة ثلاثة وللبنت سبعة وللابن أربعة عشر ثم يقسم نصيب البنت وهو سبعة بين أمها وأخيها على ثلاثة وقد انكسر فاضرب ثلاثة في أربعة وعشرين فصار اثنين وسبعين فنصيب البنت فيه أحد وعشرون وذلك يستقيم على ثلاثة للأم سبعة وللأم أربعة عشر فيصير للأم ستة عشر وللأخ ستة وخمسين وبين ستة عشر وستة وخمسين موافقة بالثمن فاختصر بثمن اثنين وسبعين وذلك تسعة وبين تسعة وفريضة الابن وهي ثمانية وأربعون موافقة بالثلث فاضرب ثلث إحداهما في الأخرى فصار مائة وأربعة وأربعين فأضعفه؛ لأن هاهنا حالتان حالة استهلاك الابن وحالة استهلاك البنت فصار مائتين وثمانية وثمانين؛ لأن للمرأة من تسعة سهمين مضروبين في ثلث ثمانية وأربعين وهو ستة عشر فصار اثنين وثلاثين وكان لها من ثمانية وأربعين ثلاثة عشر صارت مضروبة في ثلاثة فصار تسعة وثلاثين فيكون لها من مائتين وثمانية وثمانين أحد وسبعون فَكَانَ للابن من تسعة سَبْعَة صارت مضروبة في ثلث ثمانية وأربعين فصار مائة واثني عشر وكان له من ثمانية وأربعين خمسَة وثلاثون صارت مضروبَة في ثلاثة فصار مائة وخمسة فيكون له مائتان وسبعة عشر من مائتين وثمانية وثمانين.

[(فصل)][1]

جماعة ماتوا ولا ندري أيهم مات أولًا وبأي سبب ماتوا بالغرق والحرق أو خرّ عليهم السقف لا يرث بعضهم من بعض ويرث الأحياء من مورثهم وهو قول عامة الصحابة والعلماء، وفي رواية عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنه يورث بعضهم بعضًا إلا ما ورث صاحبه عن الآخر غرقا ولكل واحد تسعون دينارًا ولكل واحد بنت وأم وعم فعند عامّة العلماء يقسم تركة كل واحد منهما على ورثته على البنت والأم والعم على ستة ولا يرث أحدهما من الآخر وعند ابن أبي ليلى للبنت النصف وللأم السدس والباقي لأحد الأخوين، ثم نصيبه يقسم بين ورثته ولا شيء للعمّ والمسألة تخرج من تسعين والصحيح قول العامة؛ لأنه احتمل أن يكون موت

(١) ما بين المعكوفتين في (س): باب توريث الغرقى والحرقى والمفقود.

كل واحد منهما سابقا والآخر لاحقًا واحتمل أن يكون موتهما معًا فوقع الشك في سبب استحقاق الإرث فلا يثبت الإرث بالشك فيجعل كأنَّهما ماتا معًا، وكذلك لو تقدم موت أحدهما إلا أنه لا يدري المتقدم من المتأخر؛ لأن سبب الإرث ثابت للمتأخر منهمَا ولكن المستحق مجهول فتعذر إثبات الاستحقاق لأحدهما وصار كما لو أعتق إحدى أمتيه بعينها ثم نسيها لا يحل له وطؤها لِجهالة المملوكة.

(فصل)

المفقود حي في حق نفسه حتى لا يورث عنه ماله ولا تتزوج امرأته بزوج آخر وميت في حق غيره حتى لا يرث من أحد ولا يقسم ماله بين ورثته ما لم يثبت موته ببينة أو بلغ سنة مبلغا لا يعيش أقرانه إليها عادة؛ لأن عيش الإنسان بعد موت جميع قرابته نادرٌ والنادر لا عبرة به ولم يقدر محمد مدة حياته بالسنين.

وذكر الحسن أنها مقدرة بمائة وعشرين سنة من مولده، وعن أبي يوسف مائة سنة وقيل تسعون سنة فما قاله محمد رحمه الله أقيس وأحوط وما قالوه أيسر وأرفق لما مرَّ في الكتاب المفقود، وإذا مضت تلك المدة ورثه من كان حيًّا من ورثته دون من مات قبل مضيها، وإن مات مورثه قبل انقضاء هذه المدّة يوقف نصيبه، فإذا انقضت هذه المدة وقف على ورثته الميت وارثا، وشككنا في كون المفقود وارثا؛ لأن حياته مشكوك فيها فيورث من كان وارثا بيقين أولى من توريث من كان وارثا بالشك.

(باب فرائض الخنثى[1])

الخنثى: مشتق من التخنث وهو التكسر، يقال: اطو الثوب على أخناثه، أي: على مطاويه.

يسمى خنثى؛ لأنه تكسر وانتقص حاله عن حال الرجل ويفرق حاله على حال

(١) انظر: شرح السراجية ص٣٠٣، والعذب الفائض ٢/٥٣، والمغني ١١/٧ ط. المنار الأولى، والرحبية ص٤١.

المرأة حيث كان له آلة الرجال والنساء، الخنثى المشكل يرث من حيث يبول، فإن بال من مبال الرجال يعطى له ميراث الرجال، وإن بال من مبال النساء فله ميراث النساء لقوله عليه السلام: "**الْخُنْثَى يُورَثُ مِنْ حَيْثُ يَبُول**"(١)، فإن بال منهما يرث من أسبقهما؛ لأن سبق البول أحد المبالين يدل على أنه هو المخرج دون الآخر؛ لأن الشيء إلى مخرجه أسرع استباقًا منه من غيره ولأنه لما تعذّر الجمع بين الذكورة والأنوثة في شخص واحد يرجح السابق باعتبار السبق، وإن خرج منهما معًا فهو مشكل عند أبي حنيفة وعندهما يورث من أكثرهما بولا، فإن استويا فهو مشكل عندهما أيضًا(٢).

لهما: أنه يرجح أحدهما باعتبار الكثرة؛ لأن الكثرة مما يعتبر ترجيحًا في بعض الأدلة كواحد أخبر بنجاسة الماء واثنان بطهارته رجحنا الطهارة على النجاسة بكثرة المخبر. له أن الكثرة هنا زيادة من جنس العلة فلا يوجب زيادة تأكيد في العلة؛ لأن العلة خروج البول من أحد المثالين ولا يتأكد الخروج بالزيادة والكثرة، فإن الخروج ثابت عيانا ومثل هذه الزيادة لا تصلح للترجيح كمن جرح رجلًا جراحتين والآخر جراحة واحدة ومات من ذلك يكون كلاهما قاتلا بخلاف زيادة العدد في الخبر لأنها توجب تأكيدًا في العلة لأنها تفيد زيادة صدق في الخبر، ثم الخنثى المشكل يرث أقل النصيبين أيهما أقل نصيبًا ذكر أو أنثى فهو له عند أبي حنيفة وهو قول عامة الصحابة.

وقال الشعبي: له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وهو قولهما؛ لأنه لو كان ذكرًا فله جميع الميراث، ولو كان أنثى فله النصف فالنصف ثابت بيقين وقع الشك في النصف الآخر وهو يجب في حال دون حال فينصف فله ثلاثة أرباع

---

(١) أخرجه ابن عدي في الكامل من طريق الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس. وعنه البيهقي في سننه (٢٦١/٦ - ط. حيدر آباد الدكن) وقال: "الكلبي لا يحتج به". وأورده ابن الجوزي في الموضوعات (٢٣٠/٣ - نشر المكتبة السلفية).

(٢) انظر: المغني ١١٣/٧ - ١١٥ ط. المنار، والسراجية ص٣٠٤ وما بعدها، والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٤٣٥/٤، وشرح الرحبية ص٤١.

الملك كمن طلق إحدى امرأتيه قبل الدخول بها ومات قبل البيان فلكل واحدة ثلاثة أرباع المهر. له: أن التوريث باعتبار الأحوال يكون جمعا لا بين الذكورة والأنوثة وهما متنافيان لا يجتمعان فوجب اعتبار أحدهما فاعتبرنا توريث أقل النصيبين؛ لأن الأقل متيقن والزيادة مشكوك فيها فلا تستحق الزيادة بالشك احتياطا مثاله: رجل مات عن ابن وخنثى فعنده للابن الثلثان وللخنثى الثلث كأنه أنثى، ثم اختلف أبو يوسف ومحمد على قول الشعبي.

قال أبو يوسف: للخنثى ثلاثة من سبعة وللابن أربعة؛ لأنه لو كان ذكرا مفردًا فله الكل، ولو كان أنثى فله النصف والنصف متيقن فيه والنصف مشكوك فينصف فله ثلاثة أرباع المال والابن يستحق جميع المال أربعة فجمعنا بين أربعة وثلاثة فيكون سبعة.

وقال محمد: الخنثى خمسة من اثني عشر وللابن سبعة؛ لأنه إن كان أنثى فلها الثلث، وإن كان ذكرًا فله النصف فالثلث متيقن ووقع الشك في سهم فينصف بينهم نصفه للخنثى فأضعف ليزول الكسر فصار اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة، وإن ترك بنتًا وخنثى وعصبة فللخنثى وللبنت الثلثان لأنهما بنتان والباقي للعصبة.

ولو ترك أختًا لأب وأمّ وخنثى لأب وعصبة فللأخت لأب وأم النصف وللخنثى السدس والباقي للعصبة كما لو ترك أختا لأب وأمّ وأختا لأب وعصبة، ولو ترك خنثى وعصبة فللخنثى النصف والثاني للعصبة كما لو ترك بنتًا وعصبةً، وإن ترك زوجًا وأمًا وخنثى لأب وأم وخنثى لأب فللزوج النصف وللأخت النصف ولا شيء للخنثى لأب لأنا لو جعلناه أنثى نصيبه السدس، ولو جعلناه ذكرًا لا يصيبه شيء فجعلناه ذكرا لئلا يستحق بالشك، وإنما يكون الخنثى مشكلًا ما دام صغيرًا، فإذا بلغ لم يبق مشكلًا لظهور علامته وهي نبات اللّحية والثديين وظهور الحبل ونزول الحيض.

وذكر في (المنتقى): قال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله: إذا خرج من مثانة إنسان كهيئة البول وليس له قُبُل ولا ذكر ما أدري ما القول في هذا، والله أعلم.

(باب توريث أهل الكفر)

وأهل الكفر يتوارثون بما يتوارث به أهل الإسلام ولا يتوارثون بنكاح فاسد إلا في وجهين: النكاح بغير شهود، والنكاح في العدة من كافر عند أبي حنيفة؛ لأن نكاح المحارم لم يعرف كونه سببا لاستحقاق الإرث في شريعة آدم فلم تعتبر ديانتهم متى لم يعتمد شريعة من قبلنا، فأما النكاح بغير شهود كان جائزا وكان سببا لاستحقاق الميراث في الأمم الماضية وهو مجتهد في ديننا فاعتبرت ديانتهم ولا عدة على مطلقة الذمي عند أبي حنيفة خلافا لهم فوقع نكاحها جائزًا عنده والكفر كله ملة واحدة يرث بعضهم من بعض سواء اتفقت مللهم أو اختلفت كاليهودي من النصراني والنصراني من اليهودي والمجوسي إذا كان من دار واحدة؛ لأنه يتمكن الإمام من استيفائه وإيصال الحق إلى المستحق وكان استحقاق الإرث مقيدا فثبت.

ولو كانت الدور مختلفة، فإنه لا يرث بعضهم من بعض كالذمي لا يرث من الحربي والحربي لا يرث من الذمي والمستأمن خلافا للشافعي؛ لأن تباين الدارين حقيقة وحكمًا قاطعا للولاية، وعنده لا يقطع الولاية لما عرف في النكاح. والمسلم يرث من المسلم المستأمن في دار الحرب؛ لأنه لم يوجد تباين حكمًا في حق المسلم؛ لأن المستأمن من أهل دار الإسلام.

(باب [توريث][1] المرتد)

والمرتد لا يرث من أحد وكسبه في حالة الإسلام لورثته المسلمين إذا مات أو لحق بدار الحرب وقضي بلحاقه ونسبه في حالة الردة يوضع في بيت المال عند أبي حنيفة وزفر وعندهما لورثته أيضا، وعند الشافعي كلاهما لبيت المال.

والصحيح قولنا؛ لإجماع الصحابة أنهم قالوا: يقتل المرتد ويقسم ماله مثل ورثة المسلمين على فرائض الله تعالى، وقوله عليه السلام: "**لا يرث المسلم من الكافر**"[2]

---

(١) ما بين المعكوفتين في (س): ميراث.

(٢) أخرجه «البخاري» ١٤٧/٢ (١٥٨٨) قال: حدثنا أصبغ، قال: أخبرني ابن وهب، عن يونس. وفي ٧١/٤ (٣٠٥٨) قال: حدثنا محمود، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر.
=

=

وفي ١٤٧/٥ (٤٢٨٢ و٤٢٨٣) قال: حدثنا سليمان بن عبد الرحمن، قال: حدثنا سعدان بن يحيى، قال: حدثنا محمد بن أبي حفصة. قال البخاري: قال معمر، عن الزهري: «أين تنزل غدا، في حجته؟»، ولم يقل يونس: «حجته»، ولا «زمن الفتح» وفي ١٥٦/٨ (٦٧٦٤) قال: حدثنا أبو عاصم، عن ابن جريج. و«مسلم» ١٠٨/٤ (٣٢٧٣) قال: حدثني أبو الطاهر، وحرملة بن يحيى، قالا: أخبرنا ابن وهب، قال: أخبرنا يونس بن يزيد. وفي (٣٢٧٤) قال: حدثنا محمد بن مهران الرازي، وابن أبي عمر، وعبد بن حميد، جميعا عن عبد الرزاق، قال ابن مهران: حدثنا عبد الرزاق، عن معمر. وفي (٣٢٧٥) قال: وحدثنيه محمد بن حاتم، قال: حدثنا روح بن عبادة، قال: حدثنا محمد بن أبي حفصة، وزمعة بن صالح. وفي ٥٩/٥ (٤١٤٧) قال: حدثنا يحيى بن يحيى، وأبو بكر بن أبي شيبة، وإسحاق بن إبراهيم، قال يحيى: أخبرنا، وقال الآخران: حدثنا ابن عيينة. و«ابن ماجه» (٢٧٢٩) قال: حدثنا هشام بن عمار، ومحمد بن الصباح، قالا: حدثنا سفيان بن عيينة. وفي (٢٧٣٠) قال: حدثنا أحمد بن عمرو بن السرح، قال: حدثنا عبد الله بن وهب، قال: أخبرنا يونس. وفي (٢٩٤٢) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«أبو داود» (٢٠١٠ و٢٩١٠) قال: حدثنا أحمد بن حنبل، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. وفي (٢٩٠٩) قال: حدثنا مسدد، قال: حدثنا سفيان. و«الترمذي» (٢١٠٧) قال: حدثنا سعيد بن عبد الرحمن المخزومي، وغير واحد، قالوا: حدثنا سفيان. وفي (٢١٠٧م) قال: حدثنا ابن أبي عمر، قال: حدثنا سفيان. و«النسائي»، في «الكبرى» (٤٢٤١) قال: أخبرنا يونس بن عبد الأعلى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرني يونس بن يزيد. وفي (٤٢٤٢) قال: أخبرنا محمد بن رافع، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر (ح) قال: وأخبرنا إسحاق بن منصور، قال: أخبرنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر، والأوزاعي. وفي (٦٣٤٣) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد بن جميل بن طريف البلخي، وأبو عمرو، الحارث بن مسكين، قراءة عليه وأنا أسمع، عن سفيان بن عيينة. وفي (٦٣٤٤) قال: أخبرنا قتيبة بن سعيد، قال: حدثنا الليث، عن ابن الهاد. وفي (٦٣٤٥) قال: أخبرنا يوسف بن سعيد بن مسلم، قال: حدثنا حجاج بن محمد، قال: حدثنا الليث، قال: حدثني عقيل. وفي (٦٣٤٦) قال: أخبرنا محمد بن عبد الأعلى الصنعاني، قال: حدثنا يزيد، يعني ابن زريع، قال: حدثنا معمر. وفي (٦٣٤٧) قال: أخبرنا وهب بن بيان المصري، قال: حدثنا ابن وهب، قال: قال يونس. و«ابن خزيمة» (٢٩٨٥) قال: حدثنا محمد بن يحيى، قال: حدثنا عبد الرزاق، قال: أخبرنا معمر. و«ابن حبان» (٥١٤٩) قال: أخبرنا ابن قتيبة، قال: حدثنا حرملة بن يحيى، قال: حدثنا ابن وهب، قال: أخبرنا يونس. وفي (٦٠٣٣) قال: أخبرنا أبو يعلى، قال: حدثنا أبو خيثمة، قال: حدثنا ابن عيينة.

=

محمول على الكافر الأصلي لئلا يضمن مخالفة الإجماع ويكون توفيقا بينهما وعملًا بهما.

لهما: أن بعض أحكام الإسلام قائمة في حق المرتد حتى لا يتملك ماله، ولا يسترق نفسه ما دام في دار الإسلام، ولا تضاف عليه الجزية ولا تجوز تصرفاته في الخمر والخنزير فجاز أن يبقى حكم الإسلام في حق الإرث عنه وللقرابة علة صالحة لاستحقاق الإرث صلة فعملت في استحقاق الإرث كما في كسب الإسلام.

له: أن كسب الردة كسب جزئي مقهور في أيدينا؛ لأن المرتد حربي لوجود الكفر الباعث على الحراب، ولهذا يجب قتله وإنما يجب القتل على الحراب فصار ملكا لجماعة المسلمين بالقهر والاستيلاء عليه قبل الموت فلا يستحقه الورثة بعد الموت بخلاف كسب الإسلام؛ لأنه كسب مسلم والردة بمعنى الموت في زوال أملاكه؛ لأنه يفوت به ما هو المقصود من حياة الآدمي فيعلق حق الورثة به عند الردة، ولو ماتت المرتدة بالحبس أو لحقت بدار الحرب قسم ما لها بين ورثتها سواء كان كسب الإسلام أو الردة لأنها لم تصر حربية بالردة ما دامت في دار الإسلام، ولهذا لم تقبل ولم تسترق فلم يصر مالها فيئًا فانتقل إلى ورثتها بعد موتها وإنما جعلنا اللحاق بدار الحرب بمنزلة الموت؛ لأن بانقطاع أحكام دارنا صار كالهالك في حقنا ولكن اللحاق غير ما يؤس عن ارتفاعه لجواز أن يسلم أو يعود فيحتاج فيه إلى القضاء ليتأكد اللحاق بخلاف الموت؛ لأنه أمر حقيقي ما يؤس عن ارتفاعه فالحكم المتعلق به يثبت بدون القضاء ثم عن أبي حنيفة روايتان في رواية ينظر إلى ورثته يومَ الردة وهو قول زفر وفي ظاهر الرواية عنه تغيير ورثته يوم الموت حتى لو ولد له ولد بعد الردة، فإنه يرث منه، ولو مات واحد بعد الردة قبل موت المرتد لا يرث، وكذلك المرأة إذا انقضت عدتها قبل موته ثم ترث؛ لأن ملك

=

تسعتهم: (معمر، والأوزاعي، وابن جريج، وسفيان بن عيينة، ومحمد بن أبي حفصة، ويونس، وزمعة بن صالح، وابن الهاد، وعقيل) عن ابن شهاب الزهري، عن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب، عن عمرو بن عثمان، فذكره.

المرتد إنما يزول في حق الميراث وقت الموت؛ لأن استحقاق الإرث إنما يثبت بعد الموت حقيقة أو حكما وهو اللحاق، وأمكن التوريث من المرتد؛ لأن حكم الإسلام قائم في حق الإرث عنه لما بينا فيعتبر كونه وارثا حالة الاستحقاق لا قبله، وإذا قضي بلحاقه بدار الحرب ففي رواية عن أبي حنيفة يعتبر ورثته يوم اللحاق وهو قول محمد وفي رواية عنه يعتبر وقت القضاء وهو قول أبي يوسف لما مرَّ في كتاب السير.

(باب توريث المجوس)

والمجوسي يرث بالقرابة، ولا يرث بالزوجية إذا وقعت على وجه لا يجوز في الإسلام، كما لو مات مجوسي وترك امرأة هي أمه أو أخته ترث بالأميّة والأختية دون الزوجية وترث بالقرابتين إذا اجتمعتا في الواحد وكانتا بحيث لو تفردتا في شخصين وجب التوريث بهما ولم يحجب أحدهما صاحبه، وهو قول عامة الصحابة وهو مذهبنا.

وفي رواية عن ابن مسعود وزيد بن ثابت: بأنه يرث ما ثبت القرابتين وأكدهما وهي أن يورث بها على كل حال وهو هذا قول مالك والشافعي.

والصحيح قول العامة؛ لأن كل واحد من القرابتين بانفرادها علة صالحة لاستحقاق الإرث والشخص الواحد يجوز أن يستحق مالين بجهتين إذا تصدى له سببا استحقاق فوجب التوريث بهما كما لو مات وترك ابني عم أحدهمَا زوج أو أخ لأم.

وصورته: مجوسي تزوج بنته فولدت منه بنتا ثم مات المجوسي فلبنتيه الثلثان والباقي للعصبة وسقط اعتبار الزوجية، فإن ماتت البنت المزوّجة بعد موت الأب فقد ماتت عن بنت هي أختها لأمها فعندنا المال كله لها نصف بالبنتية والباقي بالعصوبة بالأختية، فإن الأخوات مع البنات عصبة وعندهما نصفه لها بالبنتية ولا شيء لها بالأختية، فإن ماتت البنت المولودة وبقيت البنت المتزوجة فقد ماتت عن أم هي أختها لابنها فللزوجة الثلث بالأمومية ابنتهما وإنا نقول بأن اعتبار ثبت القرابتين فاسد، فإن المجوسي إذا تزوج بابنته فولدت منه بنتا فتزوج بابنته الثانية

فولدت منه ابنًا فالبنت الأولى جدة لابن أم أمه وأخته لأبيه وهنا لا يمكن توريثها ما ثبت القرابتين لأنهما مستويتان في الثبوت؛ لأن قرابة الجدة، وإن كانت آكد من وجه من حيث إنها ترث مع الأب والأخت لا ترث معه فقرابة الأخت آكد من وجه آخر، فإن الأخت ترث مع الأم والجدة لا ترث مع الأم فاستويا في الوكادة والبنتية فوجب التوريث بهما.

مجوسي تزوج بنته فولدت له ابنًا وبنتًا فمات المجوسي فقد مات عن بنتين أحدهما زوجته وعن ابن هو ابن بنته، فالمال بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، فإن مات الابن بعد موت الأب فقد مات عن أختٍ لأبٍ وأمٍّ وأختٍ لأب هي أمها فللأخت لأب وأم النصف وللأخت لأب السدس بالأختية تكملة الثلثين ولهَا السدس بالأمية وعندهما لا شيء لها بالأختية، واحتجا علينا بهذه المسألة بأن التوريث بالقرابتين هنا يؤدي إلى المحال، فإنه يؤدي إلى أن يصير الشخص الواحد حاجبا ومحجوبا، فإن الأم حجبت نفسها عن الثلث لكونها أختا لأب والواحد لا يجوز أن يصير حاجبا ومحجوبا لما فيه من التضاد والتنافي. قلنا: الواحد لا يصير حاجبا ومحجوبا في ميراث واحد للتنافي، فأما في الميراثين يجوز؛ لأنه لا تنافي، ألا ترى أن المجوسي لو تزوج أمه فولدت له بنتًا فهذا الولد بنت المجوسي وهي أخته لأمه فيرث بالبنتية ولا يرث بالأختية؛ لأن الأخت لأم لا ترث مع البنت فقد حجبت نفسها عن السدس فصارت حاجبة ومحجوبة ومع ذلك جاز فكذا هذا، فإن ماتت البنت المزوجة وبقي الابن فقد ماتت عن بنت هي أختها لأبيها وعن ابن هو أخوها لأبيها فالمال بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين، ولا يرث الابن بالإخوة؛ لأن الأخ لا يرث مع الابن، وإن ماتت البنت المولودة فقد ماتت عن أخ لأب وأمّ وعن أخت لأب هي أمها فللأم السدس والباقي للأخ، ولا ترث الأم بالأختية؛ لأن الأخت لأب لا ترث مع الأخ لأب وأم.

مجوسي تزوج ابنته فولدت بنتين ثم مات المجوسي فالثلثان بالسوية وسقط عن الزوجية، فإن ماتت البنت المزوجة فقد ماتت عن بنتين هما أختان لأب فلهما كل المال بالفريضة وبالعصوبة بالأختية، وإن ماتت إحدى البنتين المولودتين والمزوجة

حية فقد ماتت عن أخت لأب وأم وأخت لأب هي أمها فللأخت لأب وأم النصف وللأخت لأب السدس بالأختية والسدس أيضا بالأمية والباقي رد عليهما على خمسة وإن لم يكن ثمة عصَبَة.

(باب حرمان الميراث للقاتل ولورثته)

القاتل بغير حق مباشرة لا يرث من مقتوله عمدًا كان القتل أو خطأ.

وقال مالك والأوزاعي رحمهما الله: قاتل الخطأ يرث من مال المقتول دون ديته.

والصحيح قولنا؛ لقوله صلى الله علي وسلم: "**لا ميراث لقاتل بعد صاحب البقرة**" ولم يفصل بين القتل العمد والخطإ وبين ديته وسائر أمواله فيجب العملُ بإطلاقه؛ لأن العامد قصد استعجال الميراث بقتل محظور عليه فعوقب بحرمان الميراث جزاء عليه ليكون رجزًا له عما قصد من القتل المحظور وصار كما لو طلق امرأته بائنا في مرضه يصير فارًّا زجرًا له عن قطع حقها عن الميراث.

وأما قتل الخطإ يمكن فيه في تهمة استعجال الميراث لجواز أنه قصد قتله إلا أنه أظهر الخطأ من نفسه فكأن قتل الخطإ جناية من وجه وحرمان الميراث عقوبة من وجه فالعقوبة المحيلة القاهرة يجوز تعليقها بجناية ناقصة غير قاهرة، فإن قتله بحقّ قصاصًا أو دفاعًا عن نفسه بالصيال والبغي أو زنى مورثه وهو محصن وأمر القاضي برجمه والوارث ممن يرجمه، فإنه يرث منه؛ لأن العقوبة الزاجرة لا تتعلق بفعل مباح.

ولو قتل الصبي أو المجنون أو المعتوه أو المبرسم الذي يتكلم بالهذيان والموسوس لا يحرم من الميراث خلافا للشافعي؛ لأن حرمان الميراث جراء قتل محظور وفعلها ليس بمحظور؛ لأن الخطاب قاصر عنهما فصار كالقتل بحقّ، والحديث عام خصَّ منهُ القاتل بحق فنحن نخص المتنازع فيه عملا بظاهر الكتاب؛ لأن ظاهره فوق ظاهر الحديث؛ لأن ظاهره فوق ظاهر الحديث والمسبب للقتل لا يحرم عن الميراث خلافا للشافعي، كما لو حفر بئرًا ووضع حجرًا أو صبَّ الماء على الطريق فمات مورثه منه أو ناوله سمًّا لم يوجره وأكله فقتله ونحو ذلك.

والصحيح قولنا؛ لأن حرمان الميراث يتعلق بالقتل حقيقة والتسبب ليس بقتل؛ لأن القتل فعل بحل الحي فيؤثر في انزهاق الروح بمجرى العادة والتسبب ليس بفعل في الحي؛ لأنه لم يوصل به، بل فعل في غيره ولكنه تعدى أثر فعله إليه فصار كمن أوقد النار في داره فاحترقت دار جاره لم يكن إحراقا الدار لجاره حتى لا يضمن فكذا هكذا، ولهذا لم يجب به القصاص والفاصل بين القتل مباشرة وتسببًا أن كل قتل أوجب القود أو الكفارة كان القتل مباشرةً، وكل قتل لم يوجب القود أو الكفارة كان مسببا حتى لو ركب دابة فوطئت مورثه بيد أو رجل يحرم عن الميراث؛ لأن راكبها مباشر للقتل؛ لأن نقله ونقل الدابة اتصل بالمقتول وكأنهما وطآه جميعا ومات من ذلك، ولو كان كذلك يكون الواطئ مباشرًا للقتل فكذا هذا، ولو قادها أو ساقها فصدمته أو كدمته يرث منه؛ لأنه لم يتصل ثقله بالمقتول فيكون تسببيًا. مسلم رمي بالمنجنيق إلى بعض المشركين فأصاب حائط الحصن ثم رجع فأصاب مورثه في الحصن فلا شيء عليه ويورث منهُ.

ولو رمى مسلمًا في صف للمشركين ولا يعلم به فقتله، قال أبو حنيفة: لا دية ولا كفارة عليه ويرث منه، فإن سار أحدهما سائر والآخر واقف والماشي والواقف اصطدما فعلى السائر والماشي الكفارة ولا يرثان ولا كفارة على الوارث والواقف ويرث.

(باب المتشابه في الفرائض)

سئل عن أخوين لأب وأم ورث أحدهما من رجل دون الآخر وهو أن يكون الميت ابن أحدهما فيكون المال كله لابنه لا لعمه سئل أنه ورث أحدهمَا ثلاثة أرباع ماله والآخر ربعه وهو أن تكون امرأة لها ابنا عم وهُمَا أخوان لأب وأم وأحدهما زوجها فماتت الزوجة فللزوج النصف بالزوجيَّة والنصف الآخر بينهما نصفان بالعصوبة سئل عن ثلاثة ورثوا المال لأحدهم النصف وللآخر الثلث وللآخر السدس وهو أن تكون امرأة لها ابنا عم أحدهما أخوها لأمها والآخر ليس بأخ لها ولكنه أخ لزوجها لأمٍّ فماتت فلزوجها النصف ولابن عمها الذي [هو] أخوها

لأمها السدس والباقي بين ابني عمها نصفان فصار لأختها لأمها الثلث السدس بالفرض والسدس بالعصوبة ولابن عمها الآخر السدس. سئل عن رجل مات وترك أخًا لأب وأم وأخ امرأته فميراثه كله لأخ امرأته دون أخيه، فهذا رجل تزوج ابنة أم تلك المرأة فولدت لابنه ابنًا فمات ابنه ثم مات الرجل فالمال كله لابن ابنه وهو أخ امرأته، فإن سئل عن ثلاث بنات ورثت إحداهن ثلثي المال والأخرى ثلاثة والأخرى لم ترث شيئًا، فهذا رجل مملوك له ثلاث بنات فاشترته إحداهن فعتق ثم اكتسب مالًا ثم مات وترك ثلاث بنات إحداهن مملوكة وبنتان حرتان إحداهما قد اشترته فلها الثلثان بالبينة فالثلث الآخر للمعتقة بالولاء فصار لها الثلثان والأخرى الثلث ولا شيء للمملوكة، فإن سئل عن رجل مات وترك عشرين دينارًا فورثت امرأته منه دينارًا واحدا، فهذا رجل مات وترك أختين لأب وأمّ وأختين لأم وأربع نسوة فللنسوة الربع وللأختين لأب وأم الثلثان وللأختين لأم الثلث أصلها من اثني عشر وعالت إلى خمسة عشر فتصير ستين فللنسوة ثلاثة صارت مضروبة في أربعة فصار اثني عشر لكل واحد ثلثه فيكون من عشرين واحد، وإن سئل عن رجل له أم وأختان فزوجهن من رجل في عقدة واحدة يجوز، فهذا رجل هو ولد جارية بين رجلين ادعياهُ جميعا أنه ابنهما وله من كل واحد منهما أخت وكلاهما من غير أمه فيزوجهما مع الأم من رجل بعد موت الأبوين يجوز نكاحهن؛ لأنه لا قرابة بينهنّ.

(فصل)

قال محمد رحمه الله: لو جاء رجل إلى قوم يقتسمون الميراثَ فقال: لا تعجلوا بالقسمة فإن لي امرأة غائبة، فإن كانت حيَّة ورثت هيَ ولم أرث أنا، وإن كانت ميتة ورثت منه أنا.

فهذه امرأة ماتت وتركت أمًّا وأختين لأبٍ وأمٍّ وأختًا لأب وهوَ متزوج أختًا لهَا لأبيها فللأخت للأب والأم الثلثان وللأم السدس، فإن كانت الأخت لأم حيَّة فلها السدس الباقي، وإن كانت ميتة فالباقي للأخ لأب؛ لأنه عصبَة.

فإن جاءت امرأة فقالت لا تعجلوا فإني حبلى، فإن ولدت غلاما ورث، وإن ولدت جارية لم ترث.

فهذا رجل مات أخوه وله سريَّة حبلى ثم مات هذا الرجل وترك بنتين وعمًّا، فإن ولدت الجارية غلامًا ورث الغلام دون العم؛ لأن الغلام ابن أخ الميت لأب وهو أولى من العم، وإن ولدت جارية كانت بنت أخٍ ولا ترث، ولو قال: إن ولدت غلامًا لا يرث، وإن ولدت جارية ترث.

وهذه امرأة مات أبوهَا وله سرية حبلى ثم ماتت المرأة وتركت زوجها وأمها وأختها لأمها، فالسرية إن ولدت جارية كانت أختًا لأب للميت فيكون لها النصف أصل المسألة من ستة وعالت إلى تسعة، فإن ولدت السريَّة غلامًا كان أخًا لأب وإنه عصبة ولم يبق من الفريضة شيء.

وإن قالت: لا تعجلوا فإني حبلى، فإن ولدتُ غلامًا فلا يرث هو ولا أنا، وإن ولدتُ جارية ورثت هي وأنا.

فهذا الميت قد كان تزوج بأمة إنسان وحبلت منه فقال المولى للجارية: إن كان في بطنك جارية فأنت حرة ثمَّ مات الزوج، فإن ولدت جارية تبين أن الزوج مات عن امرأته وهي حرَّة والبنت جدة فورثتا، وإن ولدت غلاما فهيَ والغلام مملوكان فلا يرثان، والله أعلم بالصواب، [وإليه المرجع والمآب][(١)].

تمَّ الجزء الثامن من كتاب المحيط وبتمامه تم الكتاب وبحمد الله وعونه والحمد لله وحده وصلواته على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلامه[(٢)].

---

(١) ما بين المعكوفتين ساقط من الأصل، وأثبتناه من (س).

(٢) وفي خاتمة (س): تم الكتاب بحمد الله وعونه وحسن توفيقه، والصلاة والسلام الأتمَّان الأكملان على خير خلقه محمد وآله وصحبه وسلم تسليمًا كثيرًا إلى يوم الدين، غفر الله لكاتبه وقارئه.

فهرس المحتويات